نموذج ترخيص

أنا الطالب : عمر قاسم محمد الدروع أمنح الجامعة الأردنية و/ أو من تفوضه ترخيصاً غير حصري دون مقابل بنشر و / أو استعمال و / أو استغلال و/ أو ترجمة و / أو تصوير و / أو إعادة إنتاج بأي طريقة كانت سواء ورقية و / أو إلكترونية أو غير ذلك رسالة الماجستير / الدكتوراه المقدمة من قبلي وعنوانها.

تسوية المنازعات المتعلقة بعقود ال B.O.T دراسة مقارنة في فرنسا، ومصر، والأردن.

وذلك لغايات البحث العلمي و / أو التبادل مع المؤسسات التعليمية والجامعات و / أو لأي غاية أخرى تراها الجامعة الأردنية مناسبة، وأمنح الجامعة الحق بالترخيص للغير بجميع أو بعض ما رخصته لها.

اسم الطالب: عمر قاسم محمد الدروع

التوقيع:

التاريخ: ٢٣/٨/٢٠١٠

تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الــ B.O.T

دراسة مقارنة في فرنسا، ومصر، والأردن

إعداد

عمر قاسم محمد الدروع

المشرف

الدكتــور وليد القاضي

قدمت هذه الرسالة استكمالًا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

آب، ٢٠١٥

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة بعنوان (تسوية المنازعات المتعلقة بعقود "B.O.T" دراسة مقارنة في فرنسا ومصر والأردن) وأجيزت بتاريخ: 2015/8/5.

الدكتور/ وليد سعود القاضي.................................. مشرفاً..

أستاذ مساعد / القانون الإداري.

الدكتور/ ليث كمال نصراوين.................................. عضواً..

أستاذ مشارك/ القانون الدستوري.

الدكتور/ عوض رجب الليمون...................................عضواً..

أستاذ مساعد/ القانون الدستوري.

الدكتور/ فرحان نزال المساعيد.............................. عضواً خارجي..................................

أستاذ مشارك /قانون (جامعة آل البيت).

الإهداء

إلى من كانت ومازالت نصائحه وكلماته سراجًا يضيء مسيرة حياتي

..........والدي

إلى من آثرت على نفسها وتحملت من اجلي .... والدتي

إلى رفيقة دربي وعوني في هذه الحياة ....زوجتي

إلى زهرتي حياتي لين ولانا ....بناتي

إلى من يترقبون نجاحي.. .....إخواني وأصدقائي

أهدي هذا العمل ......

عمر قاسم الدروع

الشكر والتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الجامعة الأردنية ممثلةً برئيسها وأساتذتها الأفاضل وإلى كلية الحقوق وكلية الدراسات العليا وإلى أستاذي الدكتور وليد القاضي الــذي شرفني بالإشراف على رسالتي وإلى السادة أعضاء لجنه المناقشة.

عمر قاسم الدروع

قائمة المحتويات

تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الـ B.O.T

دراسة مقارنة في فرنسا، ومصر، والأردن

إعداد

عمر قاسم محمد الدروع

المشرف

الدكتور وليد القـاضي

الملخص

تعتبر عقود الـ B.O.T من العقود ذات الأهمية الكبيرة والتي أصبحت متداولة في العديد من دول العالم، لما حققته من تخفيف على كاهل حكومات تلك الدول؛ لأنها تقوم على مبدأ التشاركية بين القطاع العام والخاص، وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وتحقيق النفع الاقتصادي للدول التي أخذت به، وعليه فقد قام الباحث بتناول هذا العقد ودراسته وإثبات طبيعته الإدارية بالإضافة إلى بيان وجهات النظر الأخرى حول طبيعة ذلك العقد، حيث اعتبره البعض من عقود القانون الخاص والبعض الأخر اعتبره من العقود ذات الطبيعة الخاصة وبيان حججهم وأسانيدهم حول ذلك، ثم توضيح آلية تسوية المنازعات المتعلقة بهذا العقد من خلال دراسة التسوية القضائية وغير القضائي وأهمها التحكيم في النظم القانونية للدول محل الدراسة.

وخلص الباحث إلى مجموعة نتائج من هذه الدراسة ومن أهمها اختصاص القضاء الوطني للدول محل الدراسة بنظر المنازعات المتعلقة بهذا العقد واختصاص قانونها الوطني كقانون واجب التطبيق؛ لأنه يتعلق بإنشاء مرفق عام داخل الدولة وهو بمثابة عقار يقع داخل إقليمها.

وفي نهاية الدراسة توصل الباحث إلى مجموعة توصيات وهي ضرورة امتداد اختصاص القضاء الإداري الأردني بنظر منازعات العقود الإدارية بشكل عام وعقد البناء، والاستغلال، والتسليم الـ (B.O.T) بشكل خاص وأن يكون هناك تشريع ينظم العقد محل الدراسة نظرًا لأهميته وتعلقه بمصالح أساسية للدولة وثرواتها الطبيعية.

المقدمة

أدى التقدم العلمي والتكنولوجي في العديد من دول العالم إلى تنوع العلاقات الاقتـصادية بين الدول، وهذا التنوع اظهر على السطح أنواعا جديدة من العقود القانونية التي جاءت لتـنظم ذلك التنوع، ومن هذه العقود عقد الـ B.O.T الذي نحن بصدد دراسته فهو يحتوي على العديد من العقود التي تبرم ضمن إطاره، ويهدف إلى جذب الاستثمارات للدولة من خلال اتفـاق يـتم إبرامه بين الدولة ممثلة بإحدى مؤسساتها العامة أو وزاراتها وطرف أخر سواء مستثمر أجنبي أو وطني بهدف إقامة مرفق عام للدولة، ويتعلق بالخدمات الأساسية للأفراد سواء فـي قطـاع الصحة أو النقل أو الكهرباء ثم تشغيله واستغلاله من قبل المستثمر فتره من الزمن يتم تحديدها في العقد المبرم حيث يتلقى المستثمر خلالها أرباحًا توازي وتتجاوز ما أنفقـه لإقامـة ذلـك المشروع الذي يعود بالفائدة على الدولة، من خلال تحسين مستوى الخدمات المقدمة لمواطنيهـا ودفع رسوم معينه للاستفادة من خدمات هذا المرفق العام هذا من جهة، ومن جهة أخرى فـإن الدولة لم تتحمل أية أعباء مالية جراء إنشاء ذلك المرفق العام مما يترتب عليه بقـاء الخزينـة العامة بمنأى عن أية التزامات مالية جديدة .

وعليه فقد قام الباحث بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين يسبقهما فـصل تمهيـدي وضـعه الباحث كمدخل لعقود البناء، والاستغلال، والتسليم الـ (B.O.T)، من خلال التعرف على طبيعة العقد الإداري والتعريف بعناصره الأساسية بالإضافة للتعريـف بعقـود البنـاء، والاسـتغلال، والتسليم الـ (B.O.T) ومعرفة طبيعته القانونية وأهم أشكاله وتطبيقاته.

أما الفصل الأول فقد خصصه الباحث لبيان وسائل التسوية القضائية للعقد محل الدراسـة في القانون المقارن(الفرنسي والمصري)، بالإضافة إلى بيان وسائل التسوية القضائية في القانون الأردني.

وجاء الفصل الثاني من هذه الدراسة للحديث عن أهم وسائل التسوية غير القضائية للعقـد محل الدارسة في القانون المقارن والقانون الاردني ومن أهمها التحكيم من خلال بحـث مـدى جواز التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام، والعقد محل الدراسة بشكل خاص في الدول محـل الدراسة، وخصص الباحث مبحثًا مستقلًا في هذا الفصل للحديث عن تحكيم العقد محل الدراسـة وفقا لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، المبرمة في نيويورك عام ١٩٥٨.

مما يحتم علينا عرض مشكلة الدراسة وأهميتها وأهدافها بالإضافة إلى إيضاح المنهج المتبع فيها على النحو الأتي:

مشكلة الدراسة

تبين لنا وجود بعض المشاكل في الدول محل الدراسة بسبب اختلاف وجهات النظر حول هذه العقود من وجهة نظر كل دولة من الدول، بالإضافة إلى حداثة اللجوء للأخذ بهذا النوع من العقود ومن هذه المشاكل ما يلي:

١. مدى كفاية التشريعات في الدول محل الدراسة في تسوية المنازعات المتعلقة بعقود البناء ، والاستغلال ، والتسليم الــ(B.O.T)، نظرا لاختلاف وجهات نظر الدول حول هذه العقود

٢. اختلاف آليات تسوية المنازعات المتعلقة بذلك العقد، فالذين اعتبروها من عقود القانون الخاص برروا ذلك على أنها عقود استثمارية وأجازوا عدم خضوع المنازعات المتعلقة به لقضاء الدولة او القانوني الوطني رغبة منهم في تشجيع الاستثمار وهروبًا من وسائل التسوية القضائية الداخلية للدولة المتعاقدة مع المستثمر، حيث سمحوا باللجوء إلى التحكيم في تلك العقود، أما الطائفة الأخرى فاعتبروه من العقود الإدارية وسمحوا باللجوء إلى التحكيم فيها ضمن شروط معينة؛ لأن هذه العقود تتعلق بمصالح أساسية في الدولة حيث يجب أن تخضع آلية اللجوء إلى التحكيم فيها – من وجهة نظرهم– إلى رقابة الدولة.

٣. عدم وجود تنظيم تشريعي موحد لهذه العقود نظرًا لاختلاف وجهات النظر حول طبيعة هذه العقود بالإضافة إلى أن أطراف ذلك العقد الأصليين هما الدولة وشخص آخر سواء كان طبيعي ام معنوي مما يترتب عليه اختلاف في مراكزهم القانونية، حيث يجب تحديد طبيعة ذلك العقد تحديدًا سليمًا لتحديد الجهات القضائية المختصة بالفصل بالنزاعات المتعلقة به والقانون الواجب التطبيق على ذلك النزاع وتحديد الوسائل القضائية الداخلية لحل المنازعات المتعلقة بذلك العقد ومن هي الجهة المختصة بنظر ذلك النزاع والقانون واجب التطبيق .

٤. طول فترة هذه العقود المبرمة بين الدولة والمستثمرين تساعد في ظهور المنازعات بين الأطراف بالإضافة إلى معرفة وسائل التسوية غير القضائية الممكنة، ومن أهمها التحكيم ومعرفة موقف النظم القانونية محل الدراسة في مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقد الــ B.O.T بشكل خاص.

أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة في توضيح المفهوم القانوني لعقد الـــ BOT وتحديد الطبيعة القانونية لـــه التي على أثرها يتم تحديد وسائل التسوية القضائية وغير القضائية للمنازعات الناشئة عنه، سيما وأن هنالك إقبالًا كبيرًا من الدول محل الدراسة للأخذ بهذا النظام القانوني للتعاقد لما يحقق لها مـــن رفـــع مستوى الخدمات الأساسية المقدمة لمواطنيها، مما يؤدي إلى تحقيق الأمن الاقتصادي للأفـــراد، باعتبار أن التطور العلمي والتكنولوجيا لم يعد حكرًا على الدول المتقدمة، بل قامت بنقله إلـــى دول نامية تهدف من خلال ذلك إلى تحقيق أرباح مادية لها، ومساهمة منها في إفادة غيرها من الدول التي بحاجة إلى ذلك.

وتتجلى أهمية هذه الدراسة في أن العقد محل الدراسة تم تناوله في أكثر من مناسبة، ولكن بحدود دراسة طبيعته القانونية والواجبات والالتزامات التي تكون لأطرافه وهما الدولة والطرف الأخر المتعاقد معها (المستثمر)، ولم يتم تناول آلية تسوية المنازعات الناشئة عنه بـــشيء مـــن التفصيل، وبالمقارنة مع الدول محل الدراسة (فرنسا، مصر) مما شكل دافعًا للباحـــث لتـــسليط الضوء على التسوية القضائية وغير القضائية للمنازعات المتعلقة به.

طول مدة هذه العقود يزيد من فرص نشوب نزاعات حول آلية تنفيذها أو إبرامها، خاصة عندما تلعب الظروف السياسية والاقتصادية دورها في الإبقاء على ذلك الامتياز الممنوح لشركة ما من خلال العقد محل الدراسة أو تعمل على إلغائه كما حدث لتأميم قناة السويس المصرية عام ١٩٥٦.

ومما يؤكد أهمية هذه الدراسة من وجهة نظر الباحث أنه تم التركيز فيها على التعريـــف بالعقد محل الدراسة وإبراز طبيعته القانونية، ومن ثم إجراء المقارنة بين الأنظمة القانونية للدول محل الدراسة من خلال وسائل التسوية القضائية للمنازعات الناشئة عنه ووسائل التسوية غيـــر القضائية لمنازعات هذا العقد، والتركيز على وسيلة التحكيم لهذه العقود بالإضافة إلى إجراءات التحكيم وفقًا لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها المبرمة في نيويورك ١٩٥٨.

أهداف الدراسة

- بيان العناصر الأساسية للعقد الإداري ومحاولة إيجاد تعريف لعقد الـــ BOT وبيان الطبيعة القانونية لذلك العقد، وإثبات طبيعته الإدارية، وتعريف القارئ بأهم أشكاله وتطبيقاته.
- محاولة تحديد وسائل التسوية القضائية، وبيان الأسس القانونية التي تقوم عليها اختصاص محاكم الدول محل الدراسة لنظر المنازعات المتعلقة بهذا العقد، مثل الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع والقانون واجب التطبيق على هذه المنازعات حسب القوانين والتشريعات الوطنية للدول محل الدراسة من خلال تحليل النصوص القانونية التي تشير إلى ذلك.
- السعي قدر المستطاع في إبراز وسائل التسوية غير القضائية في حل منازعات هذا العقد حيث تم التركيز على وسيلة التحكيم باعتبارها وسيلة هامه وفاعلة في ذلك ومحاولة إبراز المراحل التي مر بها شرط اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وفي عقد الـــ BOT بشكل خاص في الدول محل الدراسة من خلال دراسة القوانين المتعلقة بذلك.

ومن الأهداف أيضا إبراز دور اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها المبرمة في نيويورك ١٩٥٨ في تحكيم العقد محل الدراسة بالنسبة للقانون الأردني، ودورها في تفعيل حركة التجارة الدولية التي عادة ما تكون من ضمن الأهداف التي يهدف المتعاقدون في العقد محل الدراسة إلى تحقيقها.

منهجية البحث

سوف يقوم الباحث من أجل الوصول إلى الغاية التي يطمح إليها من هذه الدراسة بإتباع المنهجية الوصفية والتحليلية لجميع المعلومات ذات العلاقة بموضوع الدراسة على النحو الأتي:

١. المنهج الوصفي: من خلال هذا المنهج سوف يقوم الباحث بتوضيح معالم النصوص القانونية المتعلقة بالعقود الإدارية بشكل عام وعقود الـــــ B.O.T بشكل خاص في النظم القانونية للدول محل الدراسة وتفسيرها تفسيرا لغويًا وقانونيًا ، في محاولة لبيان الأهداف التي أرادها المشرع في تلك الدول من هذه النصوص.

٢. المنهج التحليلي المقارن: سوف يقوم الباحث من خلال هذا المنهج بدراسة النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة دراسة نقدية وتحليلها تحليلًا دقيقًا ، وإبراز الايجابيات والسلبيات المتعلقة بها من خلال مقارنتها بنصوص قانونية أخرى في تشريعات الدول محل الدراسة.

الدراسات السابقة

بعد القيام بالبحث عن الموضوع المتعلق بالدراسة في المكتبة القانونية العربية، وجد الباحث أن الكتب التي تناولت ذلك الموضوع بشكل متخصص قليلة-في حدود علم الباحث-، ومنها الدراسات المبينة بأدناه حيث كانت أغلب الدراسات تتحدث عن الطبيعة القانونية لعقود البناء، والاستغلال، والتسليم الـ (B.O.T) لإثبات إما طبيعته الإدارية أو التجارية أو الدولية، ودراسات أخرى كانت تتناول حقوق والتزامات أطراف هذا العقد وهما الدولة والطرف الأجنبي أو الطرف الوطني، وأغلب الدارسات أو الكتب المتخصصة التي وجدها الباحث كانت تتناول موضوع تسوية المنازعات المتعلقة بذلك العقد بصوره ثانوية ولا تفرد لها جانب كبير من البحث، حيث أتت هذه الدراسة بصوره أكثر تخصصًا بموضوع تسويه المنازعات القضائية وغير القضائية المتعلقة بذلك العقد من خلال دراسة مقارنة للتشريع الفرنسي والمصري والأردني.

١. العقود الإدارية وعقد الـ B.O.T للباحث الدكتور أحمد سلامه بدر، حيث جاءت هذه الدراسة مكونه من خمسة أبواب، خصص الباب الأول فيها للحديث عن طبيعة العقد الإداري وآلية إبرامه، أما الباب الثاني فكان للحديث عن كيفية إبرام العقود الإدارية، والباب الثالث للحديث عن آثار العقد الإداري وفيما يتعلق بالباب الرابع فتناول فيه الكاتب التحكيم في المنازعات الإدارية ونهاية العقد الإداري، والباب الخامس تطرق إلى عقود الـ B.O.T من حيث ماهيتها وتنظيمها القانوني وكيفية إبرامها.
٢. الأسس القانونية لعقود الـ B.O.T في ظل كل من القانون الأردني والقانون الكويتي (دراسة مقارنه) رسالة ماجستير للباحث مدلول حشاش الظفيري، حيث قسمت الرسالة إلى أربعة فصول تناول الباحث في الفصل التمهيدي نظرة عامة حول العقود الإدارية، أما الفصل الأول فكان للحديث عن ماهيته عقود الـ B.O.T وأيضًا جاء الفصل الثاني للحديث عن تسوية المنازعات عقد الـ B.O.T والقانون الواجب التطبيق في القانون الأردني والكويتي.
٣. عقد امتياز المرفق العام B.O.T (دراسة مقارنه) للباحث الدكتور إبراهيم الشهاوي، حيث احتوت هذه الدراسة أربعة أبواب تناول الباحث في الباب الأول مفهوم عقد الامتياز وتطوره والباب الثاني خصصه الباحث للحديث عن كيفية إبرام عقد الامتياز، أما الباب الثالث فكان حول آثار عقد الامتياز والباب الرابع تناول فيه الباحث نهاية عقد الامتياز.
٤. حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير للباحث وضاح محمود الحمود حيث تناول الباحث ماهية عقود البوت، ثم حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة وطرق فض النزاعات الناشئة عنها سواء القضائية أم غير القضائية.

الفصل التمهيدي

ماهية عقود البناء، والاستغلال، والتسليم الـــ B.O.T

إن معظم دول العالم عند إبرام عقودها تأخذ بنظام عقد الــB.O.T وذلك لحل المشكلات الاقتصادية التي تواجهها، فالدول المتقدمة والنامية تعمل على مشاركة القطاع الخاص معها في تحقيق التنمية الشاملة، خاصة وأن معظم تلك العقود تجد تطبيقها الفعلي عند تنفيذ المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية أو المشاريع ذات الطابع الاقتصادي الذي يقوم على عنصر كبير من المخاطرة مما يتطلب تظافر الجهود الحكومية والخاصة لمواجهة ذلك.

وعند الحديث عن ماهية عقد B.O.T وتطبيقاته المختلفة، لابد لنا من بيان مفهوم العقد الإداري وعناصره، باعتبار العقد المشار إليه نوعًا من أنواع العقود الإدارية (كما سنرى لاحقاً) وتأسيسًا على ذلك فقد تم تقسيم هذا الفصل لثلاثة مباحث رئيسية كما يلي:

- **المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري وعناصره .**
- **المبحث الثاني: تعريف عقد الـــ B.O.T وأهم تطبيقاته.**
- **المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لعقد B.O.T.**

المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري وعناصره

للوقوف على مفهوم العقد الإداري وتحديد عناصره تحديدًا دقيقًا يستدعي منا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول لمفهوم العقد الإداري، ونجعل المطلب الثاني لبيان عناصر العقد الإداري.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري

قبل الحديث عن مفهوم العقد الإداري لابد من التطرق وبشكل موجز لنشأة العقود الإدارية في الأنظمة القانونية للدول محل الدراسة، ولذلك نقسم هذا المطلب لفرعين نخصص الفرع الأول لنشأة العقود الإدارية بينما الفرع الثاني لتعريف العقد الإداري:

الفرع الأول: نشأة العقود الإدارية

أولًا : في فرنسا

كانت المحاكم العادية في مرحلة ما قبل قيام الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ تتولى الفصل في جميع المنازعات بما في ذلك المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، واستمر الأمر كذلك حتى قامت الثورة حيث تم إقامة قضاء إداري مستقل تطور عبر مراحل زمنية مختلفة، وقد أدى ظهور فكرة القضاء المزدوج إلى إشكالية مهمة تتعلق بمسألة تحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري سواء تعلق الأمر بموضوع العقود الإدارية، أو غير ذلك من الموضوعات التي تدخل في نطاق القانون الإداري .

وفي تلك المرحلة إتجه الفقه الفرنسي إلى اعتناق نظرية السلطة العامة كمعيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري، ومن ثم ذهب إلى أن كل منازعة تتعلق بعمل إداري قامت به الإدارة مستندة على ما تتمتع به من امتيازات وبوصفها صاحبة سلطة وسيادة فإن الاختصاص ينعقد عندها للقضاء الإداري، أما المنازعة التي تتعلق بأي تصرف صادر عن الإدارة والذي لا تظهر فيه بوصفها صاحبة سلطة وسيادة فإن الاختصاص عندها يكون للقضاء العادي، إلا أن هذا التوجه ترتب عليه نتائج غاية في الخطورة وشكلت بالفعل نقداً لمعيار السلطة العامة باعتباره يضيق من نطاق القانون الإداري ويجعل من القضاء العادي وليس القضاء الإداري هو

الذي يختص بمنازعات عقود الإدارة جميعها، باعتبار أنها غير مطبوعة بطابع السلطة العامة كأعمال الضبط الإداري مثلاً[١].

وفي ضوء هذا الوضع تدخل المشرع وأخضع عقوداً إدارية بعينها لاختصاص القضاء الإداري، وهي ما أطلق عليه الفقه تسمية (العقود الإدارية المسماة) باعتبار أن اختصاص القضاء الإداري بهذه العقود كان بموجب نصوص تشريعية وليس بالنظر إلى طبيعة هذه العقود ومميزاتها الذاتية، ومن بين العقود التي أخضعها المشرع في تلك المرحلة لاختصاص مجلس الدولة ومحاكم الأقاليم عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز وعقود القروض العامة [٢].

ودفع الوضع السابق بمجلس الدولة الفرنسي بالاجتهاد لتوسيع اختصاصاته من خلال القياس على هذه العقود المحددة تحديداً حصرياً، ليشمل عقودًا أخرى غير منصوص عليها ومثال ذلك اعتباره العقود المتعلقة بكنس الشوارع عقودًا إدارية من خلال قياسها بعقد الأشغال العامة لاحتوائها على عنصر الأشغال العامة [٣].

تعرض معيار السلطة العامة كمعيار لتحديد نطاق اختصاص القضاء الإداري للكثير من النقد، وظهرت معايير بديلة وكان من أبرزها معيار المرفق العام وذلك يتجلى في حكم روتشيلد الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٨٥٥، حيث أنشأ فريق من فقهاء القانون العام في فرنسا وعلى رأسهم (ديجي وبونارد وجيز) نظرية المرفق العام كأساس لبناء القانون الإداري وتحديد نطاق تطبيقه، ففكرة المرفق العام (كل مشروع أو نشاط يهدف إلى تحقيق النفع العام وتحتفظ الحكومة بالكلمة العليا في إنشائه وإدارته وإلغائه) هي التي تبرر وجود قواعد خاصة تحكم المسؤولية الإدارية تختلف عن قواعد المسؤولية المدنية، وهي التي تبرر الوضع الخاص للعقود الإدارية طالما أن هذه العقود تتعلق بإنشاء وتسيير مرفق عام وعليه وبتطبيق هذا المعيار أصبحت جميع العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري، حيث طبقت محكمة التنازع الفرنسية هذا المعيار سنة ١٨٧٣ في قضية بلانكو[٤] .

---

1 بدر،احمد سلامة، (٢٠٠٣)، **العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T**، القاهرة : مكتبة دار النهضة العربية، ص ٢ وما بعدها

2 الفياض، إبراهيم ،(١٩٨١)، **العقود الإدارية**،(ط١)، الكويت: مكتبة الفلاح، ص٢٥.

3 بدوي، ثروت، **النظرية العامة في العقود الإدارية**، القاهرة: دار النهضة العربية،ص١٢٨.

4 نصار، جابر جاد(٢٠١٣،٢٠١٤)، **العقود الإدارية**،(ط٢)،ص١٦.

وقد جاء الحكم الصادر سنة ١٩٠٣ في حكم (Terrier) ترجمة فعليه للأخذ بمعيار المرفق العام بالإضافة إلى أنه أسس لفكرة العقود الإدارية كنظرية مستقلة عن نظرية العقود الإدارية حيث جاء فيه "إن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة قومية كانت أو محلية، سواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملًا من أعمال السلطة أو تصرفا عاديًا فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي أعمال إدارية بطبيعتها، وبالتالي يجب إن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات"[١].

ويرى الفقيه روميو بأن الإدارة ممكن أن تلجأ إلى أساليب القانون الخاص؛ لحل منازعة متعلقة بالعقود الإدارية إذا رأت أن ذلك الرجوع يملك حل هذه المسالة وتؤدي إلى ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، أي أنه أعطى الإدارة مرونة في تطبيق معيار المرفق العام على العقود الإدارية فيما يتعلق بقواعد الاختصاص بالنسبة لها [٢] .

وتأسيسًا على ذلك، فإن مجلس الدولة الفرنسي يكون قد وضع جميع الأسس والمعايير التي تحدد العقد الإداري دون حاجة إلى تحديد العقود الإدارية من قبل المشرع وهذا النهج الذي سار عليه القضاء الإداري في دول أخرى مثل مصر.

ثانيًا : في مصر

كان القضاء العادي هو المختص بنظر العقود التي تبرمها الدولة على اختلاف أنواعها قبل إنشاء مجلس الدولة المصري، في تلك المرحلة كانت المحاكم القضائية أهلية ومختلطة تقوم بإخضاع هذه العقود إلى القواعد الخاصة بكل عقد من هذه العقود، وإذا لم يكن لهذا العقد قواعد خاصة فإنها تطبق عليها القواعد المنصوص عليها في القانون المدني؛ لأن مهمة القاضي هي تطبيق القانون وليس خلقه، حيث أنكرت هذه المحاكم على الإدارة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة وذلك استنادا إلى القوة الملزمة للعقود باعتبارها شريعة المتعاقدين[٣].

---

1 نقلا عن : عياد، أحمد عثمان (١٩٧٣)، **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**، (ط١)، القاهرة: دار النهضة العربية، ص١٥.

2 نقلا عن: الشلماني،حمد محمد حمد (٢٠٠٧) ، **امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية**، دار المطبوعات الجامعية،ص١٩،للاستزادة إنظر،محمد عبد الواحد الجميلي(١٩٩٥) ، **ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القانون الفرنسي والمصري**، القاهرة : دار النهضة العربية، ،،ص ٥٩.

3 الطماوي، سليمان محمد (٢٠٠٥) ، **الأسس العامة للعقود الإدارية**،(ط ٥)، القاهرة : دار الفكر العربي، ص٣٧و ٣٨.

وبعد نشأة مجلس الدولة أخذت نظرية العقد الإداري تتبلور شيئاً فشيئاً، وبالرغم من أن قانون مجلس الدولة الصادر عام ١٩٤٦ قد جاء خاليًا من أي إشارة إلى اختصاصاته بمنازعات العقود الإدارية مما يجعل المحاكم العادية تبقى هي صاحبة الاختصاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية [١]، إلا أن التعديل الذي حصل عام ١٩٤٩ جعل المجلس يختص بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد .

وبذلك يكون المشرع قد بدأ بالتحرك نحو إدخال العقود الإدارية في ولاية القضاء الإداري إلا أن هذا التعديل لم يكن كافياً؛ حيث نصت المادة الخامسة من قانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على أن " تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخصة بعقود الالتزام والاشغال العامة وعقود التوريد الادارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد".

يتبين لنا من خلال المادة السابقة أنه تم تحديد اختصاص القضاء الإداري بثلاثة عقود فقط ولم يجعله عاماً وشاملاً، هذا من جهة ومن جهة أخرى؛ لأنه لم يجعل اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية الثلاثة على سبيل الاستقلال، وإنما جعل الاختصاص بنظر منازعات هذه العقود اختصاصاً مشتركاً بين نوعي المحاكم، ويكون للمدعي الخيار في أن يلجأ لأي منها، إلا أن محكمة القضاء الإداري لم تقف مكتوفة الأيدي حيال ذلك التحديد، وإنما نجدها في بعض أحكامها قد قامت بتوسيع اختصاصها ليشمل عقودا أخرى غير العقود سالفة الذكر، ويتجلى ذلك في حكمها الصادر في ٢٦ ديسيمبر لسنة ١٩٥١ الذي جاء فيه " طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة تختص هذه المحكمة بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد اختصاصاً مطلقاً شاملًا .... وطالما أن العقد الذي تعهد فيه المدعون بالمساهمة في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة وثيق الارتباط بعقد الأشغال العامة فإن المحكمة تختص بنظر الدعوى ...." حيث اعتبرت أن عقد تقديم المعاونة هو عقد إداري لأنه يتصل اتصالًا وثيقًا بعقد الأشغال العامة وهو من العقود المنصوص عليها في ذلك القانون" [٢].

1المرجع نفسه، ص٣٩.

2 حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ أنظر مجموعة أحكام المجلس السنة السادسة ص ٢١٤

التطور التالي كان بصدور قانون مجلس الدولة رقم (١٦٥) لسنة (١٩٥٥) الـذي جـاء لتلافي جميع العيوب التي شابت القوانين السابقة من خلال إعطاء المجلس الولاية العامة للنظـر في جميع منازعات العقود الإدارية، حيث نصت المادة العاشرة منه على أن " يفـصل مجلـس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشـغال العامـة والتوريد أو بأي عقد إداري أخر" .

وبناءً على هذا النص الذي انتقل كما هو إلى قانون مجلس الدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٢ توحدت جهة الاختصاص في موضوع العقود الإدارية وتوحدت القواعد الموضوعية التي تحكم المنازعات المتعلقة بها، فالقضاء الإداري أصبح وحده المختص بمنازعات العقود الإدارية، ولم يعد للقضاء العادي أي اختصاص بهذا الشأن وذلك وفقا للفقرة الحادية عشرة من المادة العاشرة من القانون السابق والتي نصت على " المنازعات الخاصة بعقود الالتزام او الأشغال العامـة أو التوريد أو أي عقد إداري آخر.

ثالثًا : في الأردن

بخلاف الأمر في كل من فرنسا ومصر فإن المشرع الأردني ولغاية هذه اللحظة لم يجعل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من اختـصاص القـضاء الإداري؛ لأن القـضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤، أبقى على عدم اختصاص القضاء الإداري بنظـر منازعـات العقود الإدارية مما يعني اختصاص القضاء العادي للنظر في هذه المنازعات [١].

---

1 نصت المادة الخامسة من قانون القضاء الإداري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤ على اختصاص المحكمة الإدارية حيث جاء فيها :

أ. تختص المحكمة الإدارية، دون غيرها بالنظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية بما في ذلك:

١. الطعون في نتائج انتخابات مجالس هيئات غرف الصناعة والتجارة والنقابات والجمعيات والنوادي المسجلة في المملكة، وفي الطعون الانتخابية التي تجرى وفق القوانين والأنظمة المعمول بها ما لم يرد نص في قانون آخر على إعطاء هذا الاختصاص لمحكمة أخرى

٢. الطعون التي يقدمها ذوو الشأن في القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بالتعيين في الوظائف العامة أو بالترفيع أو بالنقل أو بالانتداب أو بالإعارة أو بالتكليف أو بالتثبيت في الخدمة أو بالتصنيف.

٣. طعون الموظفين العموميين المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية المتعلقة بإنهاء خدماتهم أو إيقافهم عن العمل

٤. . طعون الموظفين العموميين المتعلقة بإلغاء القرارات النهائية الصادرة بحقهم من السلطات التأديبية.

٥. الطعون الخاصة بالرواتب والعلاوات والمكافآت والزيادات السنوية والحقوق التقاعدية المستحقة للموظفين العموميين أو للمتقاعدين منهم أو لورثتهم بموجب التشريعات النافذة.

٦. الطعون التي يقدمها أي متضرر لطلب إلغاء أي نظام أو تعليمات أو قرار والمستندة إلى مخالفة النظام للقانون الصادر بمقتضاه أو مخالفة التعليمات للقانون أو للنظام الصادرة بمقتضاه أو مخالفة القرار للقانون أو النظام أو التعليمات التي صدر بالاستناد إليها.

ويرى الباحث ضرورة اختصاص القانون الإداري الأردني بنظر منازعات العقود الإدارية أسوة بالقضاء الإداري في مصر وفرنسا؛ لأن القضاء الإداري أقدر على فهم طبيعة هذه المنازعات الإدارية بما فيه تحديد طبيعة إدارية هذه العقود كالعقد محل الدراسة من خلال دراسة العناصر الرئيسية لهذا العقد.

وليس معنى ذلك أن القانون الأردني لا يعرف العقود الإدارية، فهنالك من العقود الإدارية ما سبق إصدار الدساتير الثلاثة للمملكة، فقد منح أول امتياز في المملكة الأردنية الهاشمية كان لشركة الكهرباء الفلسطينية المحدودة الضمان في١٩٢٦/٥/٣م ؛ لاستخدام نهر الأردن واليرموك لتوليد الكهرباء حيث استمر هذا الامتياز لمدة (٢٨) عاما و تم إلغاؤه بموجب القانون رقم (٩) لسنة (١٩٥٤)م [١].

وبدأت العقود الإدارية بالانتشار بعد دستور عام (١٩٥٢)، ومن أبرزها عقد الامتياز الممنوح لشركة البوتاس العربية المساهمة المحدودة عام (١٩٥٧) حيث جاء هذا العقد متناسبًا مع ما نص عليه الدستور الأردني في المادة (١١٧) منه والتي جاء فيها "كل امتياز يعطى لمنح حق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون "[٢]، علمًا بأن مدة هذا الامتياز وحسب نصوص مواد الإتفاقية هي مائه سنة إعتبارًا من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

---

٧. الطعون التي يقدمها أي متضرر المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية النهائية ولو كانت محصنة بالقانون الصادرة بمقتضاه.
٨. الطعون في أي قرارات نهائية صادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل.
٩. الطعون التي تعتبر من اختصاص المحكمة الإدارية بموجب أي قانون آخر.

ب. تختص المحكمة الإدارية بالنظر في طلبات التعويض عن الأضرار اللاحقة نتيجة القرارات والإجراءات المنصوص عليها في الفقرة (أ) من هذه المادة إذا رفعت إليها تبعًا لدعوى الإلغاء.
ج. تخضع الطعون المتعلقة بالضرائب والرسوم إلى طرق الطعن المبينة في القوانين الخاصة.
د. لا تختص المحكمة الإدارية بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة.
هـ.لا تقبل الدعوى المقدمة ممن ليس له مصلحة شخصية

1 . الشطناوي ، علي خطار (٢٠٠٤)، **موسوعة القضاء الإداري** ، (ج ١) ، (ط ١) ، الإصدار الأول، ٤، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص ١٨٩ وما بعدها.
2 . تمت المصادقة على هذه الإتفاقية في القانون رقم (١٦) لسنة (١٩٥٨) المنشور في الجريدة الرسمية رقم (١٣٧٠) صفحة رقم (١٩٥).

ومن الأمثلة أيضًا عقد الامتياز الذي منح لشركة مصفاة البترول الأردنية المساهمة المحدودة في ١٩٥٧\١١\١٦، ولمدة خمسين عامًا ، وعقد الامتياز الذي منح لشركة الكهرباء الأردنية عام ١٩٦٦ ولمدة خمسين عامًا [١].

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري

إن العقد الإداري قد يتم تحديده من خلال المشرع وذلك عندما ينص صراحة على يعض العقود ويعتبرها عقودا إدارية وهي ما يسمى العقود الإدارية المسماه مثل: عقد الامتياز وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وهي ما يعرف أيضا العقود الإدارية بتحديد القانون حيث بفترض المشرع الصفة الادارية فيها وأن القضاء الإداري هو المختص بظر المنازعات الناشئة عنها[٢].

وأحيانا يتم تحديد العقد الإداري من خلال القضاء وهو ما يعرف بالعقود الإدارية غير المسماه، حيث يكون للقاضي الإداري دور كبير في تحديد انتمائها للعقود الإدارية؛ لأن هذا النوع من العقود لم يتم النص عليه في القانون وإنما يجب على القاضي الإداري في هذه الحالة أن يحلل ماهية هذا العقد وهل هو من العقود الإدارية من خلال إسقاط عناصر العقد الإداري التي سبق الإشارة إليها فإذا توافرت نكون أمام عقد إداري.

ويرى الباحث أن يترك أمر تحديد العقود الإدارية للقضاء الإداري ولا يركن للمشرع القيام بتحديده، لأن ذلك التحديد القانوني يؤدي إلى حصر العقود الإدارية بفئة ضيقة في كثير من الأحيان مثل عقود الأشغال العامة والتوريد، وعقد امتياز المرافق العامة، إضافة إلى أن التحديد القانوني يتناقض مع التطور السريع الذي تشهده متغيرات الحياة ومتطلبات التنمية الذي دفع الإدارة إلى إبرام العديد من العقود في شتى المجالات، سيما وإنها تضطلع بواجبها الأسمى وهو إشباع الحاجات العامة للأفراد من جهة أخرى.

وعرفه مجلس الدولة الفرنسي بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن

---

1 تم نشر اتفاقية امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية في الجريدة الرسمية عدد رقم (١٣٧٣) بتاريخ ١٩٨٥/٣/٣، وتمت المصادقة على هذه الامتياز بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٥٨ والمنشور في الجريدة الرسمية بالعدد رقم (١٣٧٣) صفحة رقم ٢٨٢

2 الطماوي،سليمان (٢٠٠٧) ، **مبادئ القانون الإداري**، دراسة مقارنة،دار الفكر العربي بدون تحديد طبعة،ص ٩٤٦ و٩٤٧.

العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"[1].

وفيما يتعلق بالتعريف القضائي للعقد الإداري نجد أن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد عرفته بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطًا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص "[2].

ومعنى ذلك أنه يجب توافر ثلاثة شروط حتى يعتبر عقدًا إداريًا وهي[3]:

١. أن يكون أحد أطراف العقد شخصًا معنويا عامًا من أشخاص القانون العام، وهذا يشمل الدولة والمحافظات (اللامركزية الإقليمية) والمؤسسات والهيئات والشركات العامة(اللامركزية المرفقية).

٢. أن يكون موضوع العقد يتعلق بمرفق عام بمعناه الموضوعي وهو"كل نشاط تتولاه الإدارة وتتجه به إلى تحقيق نفع عام".

٣. أن تنصرف نية الإدارة العامة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام عند إبرامها للعقد حتى يكون عقدًا إداريًا ، من خلال تضمينه شروطا إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهذه الشروط في الحقيقة هي عناصر العقد الإداري .

يرى جانب من فقه أن تعريف العقد الإداري هو " ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك في تسيير المرفق العام " [4].

نلاحظ أن جميع التعريفات السابقة سواء أكانت تشريعية ام قضائية أم فقهية أبرزت عناصر العقد الإداري المتمثلة بكون أحد أفراده شخصا معنويا عاما ويرتبط بنشاط مرفق عام وأن تتخذ الإدارة اسلوب القانون العام في ذلك العقد .

---

1 راجع في ذلك: الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٥٤.**

2 نقلا عن الحكم الصادر من المحكمة بتاريخ ١٩٦٧\١٢\٣٠ في القضية رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق،مجموعة من المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود،أنظر.عزيزة الشريف(١٩٨١)،**دراسات في نظرية العقد الإداري**، القاهرة:دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٣٠.

3 أنظر،محمد فؤاد مهنا (١٩٧٠) ،**حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة**، القاهرة : معهد الدراسات والبحوث العربية، ص ٢٨.

4 للمزيد حول تعريف العقد الإداري انظر الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**،مرجع سابق ، ص٥٢.

ويمكن تعريف العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يكون أحد اطرافه شخصا من أشـــخاص القانون العام ويكون متعلقا بمرفق عام من مرافق الدولة ويهدف إلى تنظيمه أو استغلاله وتتبـــع الإدارة في ذلك أساليب القانون العام بوصفها صاحبة سلطة وسيادة وتـــضمين العقـــد شـــروطا استثنائية غير معروفة في القانون الخاص.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الأردني أخذ في بعض الأحيان بالتحديـــد القـــانوني للعقود الإدارية ومثال ذلك عقد الامتياز، من خلال نص المادة (١١٧) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ التي جاء فيها"كل امتياز يعطى لمنح حق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون".

ويرى الباحث أن السند الدستوري للعقد محل الدراسة فـــي الأردن هـــو نـــص المـــادة (١١٧)سالفة الذكر؛ لأن عقد البناء والاستغلال والتسليم الـــ(B.O.T) هو الامتداد والتطور لعقد امتياز المرافق العامة

أما العقود الإدارية بتحديد القضاء فهي العقود التي يكون للقاضي الإداري.

المطلب الثاني: عناصر العقد الإداري

إن تمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود له أهمية كبيرة؛ وذلك لبيان القانون واجب التطبيق على هذا العقد أو ذاك، وهل هو قواعد وأحكام القانون الإداري أم قواعد وأحكام القانون الخاص، وكذلك تبرز الأهمية عند تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات عند تنفيـــذ هذه العقود، هل هي المحاكم الإدارية أم المحاكم العادية؟ وتبرز الحاجة لذلك بشكل خاص عندما نواجه عقودًا لم ينص المشرع على اعتبارها عقودًا إدارية، حيث يجب الوقوف على ماهية هذا العقد ومعرفة خصائصه ومميزاته وبيان فيما إذا كان يحتوي على عناصر العقد الإداري أم لا، ولذلك لابد من بيان أهم العناصر الجوهرية التي يقوم عليها العقد الإداري، والتي تتمثل في كون أحد أطراف العقد شخصًا معنويًا عامًا، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، وأن يتضمن شروطًا غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وتأسيسًا على ذلك نقسم هذا المطلب لثلاثة فروع نعرضها كما يلي:

الفرع الأول: أن يكون أحد طرفي العقد شخصًا معنويا عامًا

حتى نكون أمام عقد إداري يجب أن يكون أحد أطراف هذا العقد شخصًا معنويًا عامًـــا أي من أشخاص القانون العام مثل الدولة وما يتفرع عنهـــا، والمتمثلـــة بوزاراتهـــا وإداراتهـــا

ومؤسساتها العامة وأيضا النقابات المهنية والغرف التجارية والـصناعية والإدارات المحليـة، كالأقاليم والبلديات ويمكن اعتبار كل ما تم ذكره أنه من الأشخاص المعنوية العامة التقليدية[١].

ويرى بعض الفقه أن هنالك مجموعة أخرى من الأشخاص المعنويـة غيـر الأشـخاص المعنوية العامة التقليدية، مثل المشروعات الاقتصادية العامة حيث تعتبر هذه الأشخاص المعنوية أشخاصًا إدارية عامة تخضع للقانون العام، وتترتب على هذه العقود التي تبرمها هذه الأشخاص اعتبارها عقودًا إدارية إذا توفرت بقية الشروط الأخرى لاعتبار العقد عقدًا إداريًا ، وهي مـا سنتعرض له لاحقا [٢].

أما بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة، فيمكن أن يكون أحد أشخاص القانون العام مثل أن تتعاقد الإدارة مع مؤسسة عامة أخرى وقد يكون من أشخاص القانون الخاص كأن تتعاقد وزارة معينة مع إحدى الشركات الخاصة.

وقد أثير تساؤل في هذا السياق حول شركات القطاع[٣] العام هل تعتبـر مـن أشـخاص القانون العام وبالتالي تكون العقود التي تبرمها عقودًا إدارية؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل في اتجاهين :

الاتجاه الأول: يرى أن شركات القطاع العام هي من أشخاص القانون العام وحجتهم فـي ذلك أن هذه الشركات عبارة عن أجهزه إدارية تقوم الدولة بإنشائها لتقوم من خلالها بمباشـرة نشاطها الاقتصادي، وأنه لا يوجد في القوانين والقرارات التي صدرت بشأن هـذه الـشركات العامة أي نص يفصح أن المشرع أراد اعتبارها من أشخاص القانون الخاص[٤] .

الاتجاه الثاني: وهو الرأي السائد في الفقه الذي يعتبر أن شركات القطاع العام هـي مـن أشخاص القانون الخاص، وحجتهم في ذلك أن هذه الشركات لا تتمتع باختصاصات وامتيـازات السلطة العامة عندما تقوم الدولة بالاستغلال المباشر للمرفق العام وإن القرارات الصادرة عـن

1 عباس،وليد محمد(٢٠١١)، المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، دراسة مقارنة في القضاء الفرنسي والمصري،**مجلة هيئة قضايا الدولة**،العدد الرابع،السنه الخامسة والخمسون، أكتوبر ديسمبر، ص٩.

2 الشريف،عزيزة، **دراسات في نظرية العقد الإداري**،(١٩٨١) القاهرة: دار النهضة العربية ، ص ٤٦ وما بعدها.

3 هي "أجهزة تنشئها الدولة لتباشر عن طريقها النشاط الاقتصادي والتجاري والصناعي والزراعي والمالي الذي أصبح من صميم اختصاصها وهي تتبع للمؤسسات العامة، وهي في حقيقتها أجهزة إدارية فرعية" للمزيد حول شركات القطاع العام راجع في ذلك: مهنا، محمد فؤاد (١٩٧٨) ،**مبادئ وأحكام القانون الإداري**، ص ٢٤٠.

4. مهنا،محمد فؤاد (١٩٧٨) ،**المرجع نفسه**، ص١٣٨ وما بعدها.

هذه الشركات لا تعتبر من القرارات الإدارية وبالتالي فإن ما تبرمه من عقود إذا كان الطرف الأخر في هذه العقود ليس من أشخاص القانون العام لا يعتبر عقودًا إدارية[١] .

ويميل الباحث إلى وجهة النظر الأولى التي ترى بأن شركات القطاع العام هي من أشخاص القانون العام؛ لأنها تمارس أعمالا تتعلق بخدمات أساسية مقدمة للمواطنين وأن المشرع لم ينص في القوانين التي من خلالها أنشأ هذه الشركات العامة على اعتبارها من أشخاص القانون الخاص .

ومما تجدر الإشارة إليه أن صفة الشخص المعنوي العام يجب أن تكون متوافرة عند إبرام العقد؛ أي أنها إذا كانت متوافرة عند إبرام العقد يكون هذا العنصر قد تحقق حتى لو زالت هذه الصفة بعد ذلك وأصبح هذا الشخص المعنوي العام من أشخاص القانون الخاص [٢].

الفرع الثاني: أن يكون العقد متصلا بنشاط مرفق عام

يرى جانب من الفقة أن هذا العنصر وهو أن يكون محل العقد أو الغرض منه متعلقا ومتصلًا بمرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره لضمان عمل المرفق العام بانتظام واطراد وذلك مراعاة للمصلحة العامة وتغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة [٣].

وقد عرفت محكمة العدل العليا في الأردن المرفق العام بأنه "حاجة جماعية بلغت من الأهمية مبلغا يقتضي تدخل الحكومة؛ لكي توفرها للأفراد باستخدام وسائل القانون العام، سواء أكان الأفراد يستطيعون بوسائلهم الخاصة إشباع تلك الحاجة أم لا، أي أن العنصر الأساسي في المرفق العام هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع إلى إدارتها من الحكومة مباشرة أو بواسطة ملتزم تحت إشرافها، سواءً تعلقت تلك الخدمة بنشاطات تجارية أو صناعية أو خلافها"[٤].

ولا يشترط أن يكون اتصال العقد بالمرفق العام من خلال موضوعه أو تنفيذه اتصالا مباشرًا؛ لأن هنالك عدة أشكال لهذا الاتصال مثل العقد الإداري المتعلق بإنشاء مرفق عام كعقود الأشغال العامة، وقد يكون من خلال المساهمة في إدارة مرفق عام مثل عقود امتياز المرافق

---

1 راجع حول هذه الآراء: النجار،زكي محمد،**نظرية البطلان في العقود الإدارية**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ، القاهرة، ص٢٠.

2. ناصيف، الياس (٢٠٠٦) ،**عقد B.O.T**،**سلسلة أبحاث قانونية مقارنة**،طرابلس، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب ،ص ١٦.

3 راجع حول هذه الأراء : خليفة، عبد العزيز عبد المنعم (٢٠٠٥) ،**الأسس العامة للعقود الإدارية**، مصر : دار الكتب القانونية، ص٢٧.

4 قرار محكمة العدل العليا رقم ١٩٦٧/٧٤ تاريخ ١٩٦٧.

العامة، حيث تتشارك الإدارة مع المتعاقد في إدارته وتحتفظ الإدارة بحقها في السيطرة على المرفق العام، وقد يكون من خلال تسييرعمل المرفق العام، وخير مثال على ذلك عقد التوريد الذي يتعلق بالتزام المتعاقد مع الإدارة بتوريد مواد معينة لازمة للإدارة من أجل تسيير المرفق العام .

وهنالك عدة صور لاتصال العقد بالمرفق العام ومنها(١):

١. أن يكون الهدف من إبرام العقد الإداري إنشاء مرفق عام مثل عقود الأشغال العامة.
٢. المساهمة في إدارة المرفق العام مثل عقود امتياز المرافق العامة، حيث تتشارك الإدارة مع المتعاقد معها في إدارة المرفق العام مع احتفاظ الإدارة بحقها في السيطرة على المرفق العام.
٣. أن يكون الهدف من العقد تسيير المرفق العام كما هو الحال عليه في عقود التوريد حيث يلتزم المورد بتزويد الإدارة أصناف معينة لازمة وضرورية لعمل المرفق العام.

الفرع الثالث: إتباع أساليب القانون العام في العقد الإداري (فكرة الشروط الإستثنائية)

حتى نكون أمام عقد إداري ينبغي أن يتوافر عنصر آخر يضاف إلى العناصر سالفة الذكر ألا وهو إتباع الإدارة عند إبرام هذا العقد أساليب القانون العام، سواء من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص والتي تقوم على المساواة والتوازن بين أطرافها، أو من خلال إتباع الإدارة في إبرام هذا العقد أساليب معينة محددة وفقا لإجراءات وقواعد تلتزم بها الإدارة في ذلك من خلال العطاءات والتأمين المباشر إلى غيرها من الإجراءات المنصوص عليها وفقا للأنظمة والتعليمات(٢).

تجدر الإشارة إلى أن فكرة الشروط الاستثنائية تتجلى من خلال ما يلي: منح الإدارة عدة امتيازات في مواجهة الطرف المتعاقد معها كأن يحق لها إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وحقها

---

1 خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، **الأسس العامة للعقود الإدارية**،(مرجع سابق) ص ٣٠.

(2) خليفة، عبد العزيز عبد المنعم،(المرجع نفسه) ص ٣٣.

أيضا في تعديل شروط العقد بما يتناسب معها، ومنح المتعاقد مع الإدارة بعض السلطات في مواجهة الغير الذي ليس طرفًا في العقد [١].

ينبغي أن نشير إلى أن هنالك تباين في اشتراط توافر هذه العناصر حتى يعتبر العقد عقدًا إداريًا في كل من الفقه والقضاء المصري والفرنسي، ففي مصر يشترط توافر العناصر السابقة مجتمعه حتى يعتبر العقد عقدًا إداريًا ؛ أي يجب أن يكون أحد أطرافه من أشخاص القانون العام، وأن يتعلق بمرفق عام وأن يتضمن شروطًا إستثنائية، وإذا تخلف أحد هذه العناصر فإن العقد يعتبر عقدًا من عقود القانون الخاص وبالتالي يختص القضاء العادي بالنظر في المنازعات التي تتعلق به أما الفقه والقضاء الفرنسيين فيشترط بالإضافة إلى كون الغدارة طرفاً في العقد توافر أحد الشرطين وهما ان يتعلق العقد بمرفق عام أو أن يتضمن شروطًا استثنائية لاعتباره عقدًا إداريًا [٢].

ومما يؤكد ذلك القرار الصادر بقضية الزوجان (بيرتان)، الصادر في ١٩٥٦\٤\٢٠ حيث كان الزوجان مكلفان باطعام الرعايا السوفيت الذين جمعوا في أحد المراكز لإعادتهم إلى بلدهم حيث جاء فيه أنه"..... ولما كان هدف العقد منح المعنيين مهمة تنفيذ المرفق العام فذلك وحده يكفي لاعتبار العقد إداريًا دون الحاجة للبحث عن شروط مخالفة[٣].

وفي إحدى قرارات محكمة القضاء الإداري المصري يظهر لنا ضرورة توافر جميع العناصر السابقة، لاعتبار العقد عقدًا إداريًا حيث جاء فيه"......كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إداريًا ، فإنها ليست مع ذلك كافيه لمنحه تلك الصفة – على اعتبار أن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام – إذ إنه مع اتصال العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من العقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفه المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى

---

(1)الطماوي، سليمان، **مبادئ القانون الإداري**، مرجع سابق ص٩٤٦.

2 راجع حول ذلك :يوسف،وليد محمد (٢٠٠٨) اطروحة دكتوراه ،مرجع سابق ص ٣٣.

3 راجع حول ذلك الحكم:الحمدي،حلمي مجيد(١٩٨٦) ،**كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره**،بحث منشورفي مجلة العلوم القانونية والسياسية ،جامعة بغداد ، كلية القانون،المجلد الخامس ،العددان الأول والثاني، ص ٢٨٤ .

اتصل بالمرفق العام على أي صورة من الصور مشتركا في ذلك وعلى درجه متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد ..."(١).

ويرى الباحث انه يجب توافر العناصر والشروط جميعها لاعتبار العقد عقدا إداريا وإن تخلف اي عنصر من هذه العناصر في أي عقد يؤدي إلى عدم إضفاء الصفة الإدارية عليه؛ لأن الاداره إذا تعاقدت مع أي طرف اخر وقررت التخلي عن أحد العناصر الأخرى كأن تتعاقد حول أي موضوع ولا يتعلق بمرفق عام أو لا تضمن العقد شروطا استثنائية فهنا لايمكن اعتبار العقد اداريا.

وعليه بعد أن تناولنا في هذا المبحث نشأة العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر والاردن بالإضافة إلى مفهوم العقد الغداري وعناصره ،كل ذلك كان بمثابة التمهيد للحديث عن عقد البناء،والاستغلال،والتسليم الــ B.O.T فإننا سننتقل للتعريف بهذا العقد وإبراز طبيعته القانونية واهم اشكاله وتطبيقاته في المبحث القادم إن شاالله.

---

1 محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٥٦'نقلا عن نصار ،جابر جاد ،**العقود الإدارية** ،مرجع سابق ص٤٢+٤١.

المبحث الثاني

التعريف بعقد البناء والاستغلال والتسليم الـــ(BOT) وطبيعته القانونية

تعتبر فرنسا هي أول من استخدم نظام عقود البناء والاستغلال والتسليم الملكية ألـــ B.O.Tعام 1782لإقامة مشروع توزيع مياه باريس الذي أوكل) البيرو إخوان[1] وهنالك من يرى أن الأخذ بهذا النوع من العقود كانت بدايتها في مصر عام 1869عندما أبرمت الحكومة المصرية اتفاقية مع المسيو(Ferrand Delly Seps) لحفر قناة السويس مقابل قيام الحكومة المصرية بإعطاء الأراضي والمعدات والآلات والعقارات اللازمة لتمام المشروع حيث كانت مدة هذا العقد 99 عامًا إلا أن العقد لم يستمر حيث قام الرئيس المصري الراحل جمال عبد الناصر بإنهائه عام [2] 1956 .

وعليه سوف يتم تقسيم هذا المبحث لمطلبين، المطلب الأول: التعريف بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ألـــ B.O.T والمطلب الثاني:أهم أشكاله وتطبيقاته .

المطلب الأول: التعريف بعقد ال (BOT)

إن اصطلاح ال (BOT) ليس مصطلحًا قانونيا بالرغم من رواجه بصوره كبيرة حيث أنه يدل على اسلوب من أساليب التعاقد وهو اختصار للكلمات الإنجليزية الثلاث وهي:[3]

- Build وتعني البناء .
- Operate:وتعني التشغيل.
- Transfer: وتعني التحويل أو نقل الملكية.

وقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (أونسترال) بأنه "شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة ويدعى

---

1 الحمود،وضاح محمود رشيد،**حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستغلال والتسليم**،أطروحة دكتوراه،جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن،ص ٢٠.

2.جبريل ،جمال عثمان(٢٠٠٤)، **الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكيه (B.O.T)أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، مشروعات B.O.T(B.OT وأخواتها) الجوانب القانونية والاقتصادية** أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مركز البحوث،سلسلة إصدارات البحوث الإدارية(٤) ،ص ٨٢.

3 ذكي،إبراهيم (٢٠٠٤)، **نظرة عامة في عقود B.O.T، البناء والتشغيل ونقل الملكية**، مشروعات B.O.T(B.OTوأخواتها) الجوانب القانونية والاقتصادية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مركز البحوث،سلسلة إصدارات البحوث الإدارية(٤) ، ص٩٥.

(شركة المشروع) امتياز لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا، وفي نهاية هذا الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة" [1] .

وعرفته منظمة اليونيدو (منظمة الأمم المتحدة لتنمية الصناعية) بأنه "اتفاق تعاقدي يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتحويل والقيام بأعمال الصيانة والتشغيل لهذا المرفق، وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة تسمح له بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق وأي رسوم أخرى، بشرط أن لا تزيد عما هو مقترح في العطاء وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها، ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص الخاص بإعادة المرفق إلى الحكومة والشخص الجديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة " [2].

وعرفه البعض الآخر على أنه "المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص وتسمى (شركة المشروع) وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية "[3] .

ويذهب الباحث إلى ما ذهب بعض الفقه في أن الترجمة السليمة لمصطلح الــ B.O.T تعني(البناء والاستغلال والتسليم) وحجتنا في مجموعة من الأسباب تتمثل بما يلي :

أولا: إن مفهوم الاستغلال أعم وأشمل من مفهوم التشغيل ولأن شركة المشروع أي الطرف المتعاقد مع الإدارة يقوم بتشغيله ويحصل على الإيرادات المتحصلة من هذا المشروع طوال الفترة المحددة في العقد، مما يدل على قيامه باستغلال المشروع؛ لأنه يقوم بالتشغيل

---

١ www.uncitral.org\pdf\english \texts\procurem\pfip\guide\pfip-c pdf مشار إليه في نصار،جمال الدين (٢٠٠٠)، **تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام B.O.T**، القاهره: دار النهضة العربية، ، ص١٠، وأيضا :نصار، جابر جاد (٢٠١٣)،**العقود الإدارية**، (ط ٢) ، ٢٠١٤، ص ٨٧.

2 ناصيف، الياس، عقد B.O.T،**سلسلة أبحاث قانونية مقارنة**، مرجع سابق،(ص٨٣)، نقلا عن دليل منظمة اليونيدو ص٢٨٨.

3 د.نصار،جابر جاد، **العقود الإدارية**، مرجع سابق ص٨٦.

والحصول على إيرادات المشروع أما مصطلح التشغيل فإنه غير كاف لإبراز ما يقوم به المستثمر أو شركة المشروع.[1]

ثانيًا : لقد كان قانون التخاصية الملغي رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠ في المادة ٤/د/١ يستخدم كلمة الاستغلال قبل التشغيل في إشارة صريحة إلى عقود الـــ B.O.T وأنه لم يكتف بذكر كلمة التشغيل وإنما ذكر أيضًا الاستغلال لإعطاء مفهوم أعم وأشمل[2].

ثالثًا : ما نصت عليه الفقرة الأولى سابقة الذكر حول تنازل المستثمر عن المشروع عند نهاية العقد إلى القطاع العام، وهنا يقصد به التنازل عن حق الاستغلال من خلال تسليم المشروع إلى القطاع العام وعليه فإن التنازل عن حق الاستغلال لا يمكن أن يكون نقلا للملكية.

رابعًا: إن كلمة التسليم أدق في المعنى من كلمة نقل الملكية لأن المستثمر أو شركة المشروع لا تملك رقبة المرفق أصلا، بل أن الإدارة المتعاقدة مع شركة المشروع هي التي تمكنها من استعمال واستغلال المرفق طول فترة العقد دون نقل الملكية إليه، وذلك بهدف تحقيق عائد مالي وربحي مناسب جراء ما أنفقه لبناء ذلك المشروع من خلال رسوم يتلقاها من المنتفعين بخدمات ذلك المشروع[3].

ويرى الباحث أن عقد البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T هو العقد الذي بمقتضاه تكلف الحكومة- ممثلة بإحدى وزاراتها أو مؤسساتها- المستثمر أو شركة المشروع ببناء مرفق عام يتعلق بحاجه من الحاجات الأساسية للجمهور، على نفقة المستثمر وتعطيه الحق في تشغيله واستغلاله من خلال رسوم يتقاضاها من المنتفعين جراء تقديم هذه الخدمة لهم خلال مدة زمنية معينه يتم تحديدها في العقد، وعند نهاية هذه المدة يلتزم المستثمر بتسليم المرفق العام إلى الدولة بحالة جيدة تسمح باستغلاله مره أخرى بعد أن حقق عوائد مالية تغطي ما قام بإنفاقه لبناء ذلك المرفق العام بالإضافة إلى تحقيق أرباح مناسبة.

ويمكن القول إن الدول تلجأ إلى التعاقد بنظام الـــ B.O.T نظرًا لأهميته التي تتمثل بالأسباب التالية: يمكن الدولة من توفير الخدمات الأساسية لمواطنيها والتي لا تستطيع توفيرها

---

1 الروبي،محمد،(٢٠٠٤)**عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T**،(ط ١)، القاهرة: دار النهضة العربية،ص ٢١.

2 تم إلغاؤه بموجب القانون رقم (٢) لسنة ٢٠١٥، المنشور على الصفحة رقم (٧) من عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٣٢٢ بتاريخ ٢٠١٥/١/١٥.

3 الحمود، وضاح، مرجع سابق **حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستغلال والتسليم**، ص ص٢٧.

لو اعتمدت على ميزانيتها الخاصة، نظرًا لقلة الموارد الحكومية في بعض الدول وبالأخص الدول النامية حيث تعتمد على القطاع الخاص لإنشاء هذه المشاريع الأساسية [1].

١. تساهم عقود ألـــ B.O.T في خفض معدلات البطالة وتوفير فرص جديدة للعديد من القطاعات، مثل قطاع الهندسة والاستشارات والمقاولة بالإضافة لأنها تساهم بشكل كبير في نقل التكنولوجيا للدولة المضيفة [2].

٢. يوفر هذا النظام لصاحب الامتياز وهو الطرف المتعاقد مع الإدارة خاصية احتكار هذا المشروع لفترة زمنية طويلة تضمن عدم المنافسة من قبل الآخرين، بالإضافة إلى أنه يمكن الدولة من الحصول على هذا المشروع عند انتهاء مدة العقد أو فتره الامتياز بشرط أن يكون قابل للتشغيل مره أخرى لتتمكن الحكومة من الاستفادة من الأرباح المترتبة على تشغيله [3].

ومن الجدير بالذكر أن عقود الـــ B.O.T تتميز بمجموعة من الخصائص تتلخص بما يلي:

١. إنه عقد يبرم بين الإدارة أي الشخص المعنوي العام – سواء أكان شخصًا إقليميًا كالدولة أو المحافظة أو المراكز والمدن أو كان شخصًا مرفقيًا مثل الهيئات العامة أو أشخاص عامة مهنية كالنقابات حيث إعترف القضاء الإداري في مصر وفرنسا بالشخصية المعنوية لهذه النقابات - المستثمر أو شركة المشروع.

إلا أن أحد الفقهاء يرى أنه يمكن أن يتم إبرام عقد البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T بين أشخاص القانون الخاص، أي لا يشترط أن تكون الإدارة طرفا فيه كأن تقـــوم مؤســـسة خاصة بالتعاقد مع طرف أخر لإنشاء مشروع ما، وهنا يكون ذلك العقد مدنيًا [4].

٢. إن الهدف من ذلك العقد إشباع حاجات عامة للجمهور، مثل مشاريع البنية التحتية من خلال تعاقد الإدارة مع المستثمر لإنشاء ذلك المشروع الذي غالبًا ما يأخذ طابع

---

1 الخضيري محسن احمد ،**مشروعات البيئة الأساسية الممولة ذاتيا من القطاع الخاص**٠التعريف والأهمية،المزايا والجوانب القانونية والتسويقية ،الطبيعة الاقتصادية للمشروع المحاذير والمخاطر)مشروعات B.O.T (بوت وأخواته) ص٣٠.

2 نصار،جابر جاد، **عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الامتياز**، القاهرة : دار النهضة العربية،ص٥٦.

3 سلام،احمد رشاد، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T)** مرجع سابق ص٦٥.

4 نصار،جابر جاد (٢٠٠٢) ، **عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام**،دار النهضة العربية،ص ٤٢.

اقتصادي، ويخفف العبء عن كاهل الدول مع الأخذ بعين الإعتبار أن هذا الأسلوب التعاقدي غير محصور بالدول النامية وإنما أخذت به الدول المتقدمة أيضًا .

٣. حق الإدارة في الرقابة والإشراف على المشروع أثناء مرحلة البناء ومرحلة الاستغلال، حيث يجب أن يلتزم المستثمر بما تم الاتفاق عليه في العقد بالنسبة للرسوم التي سوف يتقاضاها من جمهور المنتفعين، بالإضافة إلى رقابة الإدارة على أعمال الصيانة التي يقوم بها المستثمر كل ذلك تنفيذًا لمبدأ هو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ومن أجل المحافظة على المصلحة العامة [1].

٤ أن هذا العقد يقوم على نقل التكنولوجيا إلى الدول المضيفة بما يضمن استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتشترط الدولة المضيفة أو الحكومة على المستثمر أو مع حجم المستفيدين من ذلك المشروع، خاصة أن المستثمر ملتزم بتسليم المشروع إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد بحالة جيدة ليتسنى للدولة الاستفادة منه[2].

٥ .إن ملكية المشروع تكون للجهة الإدارية، حيث يقوم المستثمر أو الطرف الأخر في هذا العقد ببناء المشروع لصالح الإدارة ويقوم باستغلاله طيلة فترة العقد ثم يقوم بتسليمه إلى الجهة الإدارية عند انتهاء المدة المحددة في العقد.

٦ .أنه عقد ذو فترة زمنية طويلة لما لعنصر الزمن من أهمية كبيرة حتى يتسنى للمستثمر(شركة المشروع) من استرداد ما دفعه من نفقات لبناء المشروع من خلال الرسوم التي يتقاضاها من الجمهور مقابل ما يقدم لهم من خدمة.

٧ . الحصرية: أي أن الخدمة التي يقوم المستثمر بتقديمها للمواطنين من خلال هذا المشروع تكون محصورة بهذا المستثمر ولا يجوز للدولة او الغدارة منح مستثمر آخر نفس الخدمة وهذا الامر يكون منصوص عليه في العقد المبرم بينهما .

1 شطناوي،فيصل (٢٠١٤)، **النظام القانوني لعقد ألــB.O.T وتسوية المنازعات الناشئة عنه في ظل التشريع الأردني**،مجلة دراسات،علوم الشريعة والقانون،المجلد ٤١،العدد،١، ص ٢٩٧ وما بعدها.

2 سلام،احمد رشاد، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T)**، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T

إن البحث في طبيعة عقد البناء والاستغلال والتسليم ألـــ B.O.T له أهمية كبيرة؛ لأنه يحدد القواعد التي يجب أن يخضع لها هذا العقد خاصة في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج مثل فرنسا ومصر والاردن؛ لأن هذا التحديد له أهمية في تحديد الآثار القانونية لهذا العقد بالنسبة لطرفيه وتحديد القانون الواجب التطبيق وأيضًا تحديد القضاء المختص بنظر المنازعات المتعلقة به أما الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد والتي تتبع النظام القانوني الأنكلوسكسوني مثل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا فلا يوجد هناك أهمية تذكر لتحديد طبيعة هذا العقد؛ لأن جميع المنازعات يختص بها القضاء العادي وينبغي التنويه إلى أن قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014 وقبله القوانين المتعلقة بمحكمة العدل العليا لم تنص على اختصاص القضاء الإداري على النظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

هنالك من يرى بأن عقد الـــ B.O.T عقدًا إداريًا يطبق عليه قواعد القانون العام ويختص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة به، وهنالك من يعتبره عقدًا مدنيًا ويطبق عليه قواعد القانون الخاص في حين يرى فريق ثالث بأنه عقد ذو طبيعة خاصة.

الفرع الأول: عقد الـــ B.O.T ذو طبيعة إدارية

عرفه أحد الفقهاء على أنه " شكل من أشكال تقديم الخدمات البلدية، تمنح بمقتضاه الحكومة أو جهة حكوميه لفترة محدودة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليه اسم شركه المشروع الحق في تصميم وبناء وتشغيل وإدارة مشروع معين تقترحه الحكومة، بالإضافة إلى حق الاستغلال التجاري لعدد من السنوات يتفق عليها تكون كافية لتسترد شركه المشروع تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عائدات المشروع أو أية مزايا أخرى تمنح للشركة ضمن عقد الاتفاق إلى الجهة المانحة دون مقابل أو بمقابل تم الاتفاق عليه[1]

وتبنى بعض الفقه وجهة النظر السابقة كالدكتور سلام حيث اعتبر عقد البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T عقدًا إداريًا من خلال قياس معايير العقد الإداري أو عناصر العقد الإداري على هذا العقد، حيث وجدوا أن معايير العقد الإداري متوافرة في هذا العقد فلو بحثنا في أول عنصر من عناصر العقد الإداري وهو كون أحد أطرافه شخصًا من أشخاص القانون العام لوجدنا أن عقد الـــ B.O.T تكون الدولة أو الإدارة طرفًا فيه.

١- خوري ،رئيق، **عقد B.O.T والخصخصة في القانون المقارن** ، بيروت لبنان: المنشورات الحقوقية ، ص٧٧

أما بخصوص العنصر الثاني فهو أن يتعلق ويتصل بمرفق عام فإن عقد الـــ B.O.T يتعلق بإنشاء مرفق عام وذلك متوافر في جميع التعريفات المتعلقة بعقود الـــ B.O.T (1)، أما بخصوص العنصر الثالث أو المعيار الثالث المتعلق بوجود شروط استثنائية في ذلك العقد، وأن أهم شرط استثنائي هو حق الإدارة بتعديل شروط الانتفاع بالمرفق العام بارادتها المنفردة ، فإن ذلك الخيار متروك للإدارة فقد تقوم بذلك للمحافظة على المصلحة العامة، وأيضا يعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية ما تقوم به الإدارة من خلال الإشراف والرقابة على ذلك المرفق العام .

ويذهب أحد الفقهاء إلى القول بأنه ليس هناك مبرر للتخوف من فكرة أن عقود ال B.O.T هي عقود إدارية؛ لأن الإدارة عندما تتعاقد مع طرف أخر– وهو المستثمر الذي يكون هدفه تحقيق الربح - فإنه يحصل على ضمانات من شأنها تحفيزه وبث الطمأنينة في نفسه؛ لأن الإدارة تخضع للعديد من القواعد والمبادئ التي أرساها القانون الإداري، ومنها الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري وذلك يحتم على الإدارة التدخل وتعويض المتعاقد معها حتى لو لم يصدر منه أي خطأ، وذلك وفقًا للنظريات المعروفة في الفقه الإداري وهي (نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظريه فعل الأمير، ونظريه الظروف الطارئة) وهو أمر غير متوفر في القواعد التي يخضع لها القانون الخاص حيث تقوم الإدارة بذلك تحقيقًا لهدف واضح وهو ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد بالإضافة إلى أن مبدأ الحفاظ على التوازن المالي للعقد يحتم على الإدارة عدم الإجحاف بحق المستثمر والإضرار به ماليًا [2].

الفرع الثاني: عقد الـــ B.O.T من العقود المدنية

يرى أحد الفقهاء أن عقود البناء والاستغلال والتسليم الــــ B.O.T هي عقــود مدنيـــة، وبالتالي تخضع لأحكام القانون الخاص ويختص القضاء العادي بنظر المنازعات الناشئة عنها، إلا إذا وردت شروط تحكيم في ذلك العقد، ويحتجون برأيهم هذا بمجموعة من الحجج تتمثل بما يلي [٣]:

---

1 سلام، احمد رشاد، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T)**، مرجع سابق ص ٣٤.

2. جبريل ،جمال عثمان ، **الطبيعة القاونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية** ،مشروعات B.O.T(B.OTوأخواتها)،مرجع سابق ص٨٥.

3 حجازي،عبد الفتاح بيومي (٢٠٠٨)،**عقود البوت في القانون المقارن**، القاهرة :دار الكتب القانونية، ص١١٠.

١. أن أسلوب التعاقد بنظام الــ B.O.T يقوم على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين ويسوده مبدأ سلطان الإرادة، وذلك هو السبب في عدم اختصاص القــضاء الإداري فـــي فــض المنازعات الناشئة عنه.

٢. لا يكون للإدارة أو الدولة أي سلطه عليا في هذا النوع من العقود؛ لأن الإدارة تتعاقد مع المستثمر أو شركة المشروع على أساس التوازن في الحقوق والالتزامات بين الطرفين.

٣. إن ضرورات التعامل في مجال الاقتصاد الحر يحتم على الإدارة أن تقوم بالتعاقــد مــع المستثمر أو شركة المشروع بوصفها شخص عاديًا وليس بوصفها صاحبة سلطة وسيادة وبالتالي فإن ما تبرمه من عقود يخضع للقانون الخاص، أما القول بخلاف ذلــك- اي إذا اتجهت فيه الدولة للتعاقد بوصفها صاحبة سلطه وسيادة -فإن ذلك سيكون له اثر ســلبي على جذب الاستثمارات الخارجية وإقبال المستثمر على التعاقد .

ويرى أحدهم أن عقد البناء والاستغلال والتسليم الــ B.O.T لا يمكن اعتبـــاره عقــدًا إداريًا وإنما من عقود القانون الخاص؛ لأن مجرد قبول الدولة -عندما تقوم بإبرام هذا النوع من العقود- بشرط الثبات التشريعي[١] وثبات العقد، يؤكد على انعدام الخاصية الإدارية لهذا العقــد لأن في ذلك إنكارًا واضحًا لأحد خصائص وأركان العقد الإداري المتمثل بإقرار مبــدأ عــدم المساواة بين الأطراف ومبدأ آخر وهو قدرة الإدارة على تعديل بنود العقد بإرادتها المنفردة دون حاجه لإخطار الطرف الأخر، وذلك تحقيقًا لهدف واضح من أهداف الإدارة وهو المحافظة على المصلحة العامة.[2].

ويؤكد البعض على أن عقد الــ B.O.T هو من عقود القانون الخاص، وأنه عقد مركب[٣] يحتوي في طياته على اتفاق ترخيص يكون بين الإدارة والطرف الأخر وهو الملتزم، تتجه فيه نية الإدارة إلى تخويل المتعاقد معها على إنشاء ذلك المشروع وإدارته تحقيقًا للمصلحة العامـــة وبنفس الوقت لا تضفي عليه صفة المرفق العام، وتكون ملكية ذلك المشروع خلال فترة تنفيــذ العقد خالصة للملتزم مع إمكانية رهن أصول ذلك المشروع والتنفيذ عليها خلال هذه المدة، كل

---

1 يقصد بشرط الثبات التشريعي انه"تعهد الدولة للطرف المتعاقد معها بعدم سريان أي تعديلات او تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطني الذي يحكم العقد المبرم بينها وبين الطرف الاخر.راجع في هذه الاراء :حداد ،حفيظه السيد ،العقود المبرمه بين الدول ص٣٢٠.

2 سلام، احمد رشاد **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T)**، مرجع سابق ، ص ١٥٩.

3 العقد المركب:هو العقد الذي يتضمن عدة عمليات او اداءات قانونية مختلفة اندمجت مع بعضها لتحقيق غرض واحد بعكس العقد البسيط والذي يتضمن نوعًا واحدا من الاروابط العقدية .راجع حول ذلك المعنى :سلطان، انور(٢٠٠٠)،**مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني ،دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي**،المكتب القانوني،ص٢٣.

ذلك مقابل قيام الملتزم بنقل وإعادة ملكية أصول هذا المشروع إلى الإدارة بدون أي التزامــات مترتبة عليه وأن هذه العملية لايمكن أن تتم لو تم اعتباره عقد إداريًا [1].

ويرى الباحث انه لايمكن أن يعتبرعقد البناء والاستغلال والتسليم الــ B.O.T من العقود المدنية حتى لو وافقت الدولة على شرط الثبات التشريعي فــي العقــد؛ لأن الإدارة أو الدولــة تستطيع تعديل بنود ذلك العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك حيث يصل الأمر احيانــا إلــى استرداد المرفق العام من الشخص المتعاقد معها، أما الحجة القائلة بأنه عقد مركب مما يــضفي الطبيعة المدنية عليه فإنه قول تعوزه الدقة؛ لأن العقد الرئيسي المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها هو الذي الذي يعتبر عقدًا إداريًا أما العقود الأخرى فهي تدور في كنفه وجودًا أو عدمًا .

الفرع الثالث: عقد الــ B.O.T ذو طبيعة خاصة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود البوت ذات طبيعة خاصة؛ لأن هذا النوع من العقــود يحتوي في طياته على قواعد تخضع للقانون الإداري وقواعد تخضع للقانون المدني معًا ، وأن وجهة نظرهم هذه تمثل حلًا وسطًا بين وجهة النظر القائلة أن عقود البوت من عقود القــانون الإداري ووجهة النظر القائلة بأنه يخضع للقانون المدني؛ وذلك لأن هذا العقد حسب وجهة نظر هذه الطائفة من الفقهاء يحتوي على نوعين من النصوص وهي:[2]

١. النصوص التعاقدية: وتشمل الالتزامات المالية التي تكون بــين الإدارة مــن جهــة والمستثمر أو شركه المشروع من جهة أخرى، وهذه النصوص لا علاقة للمنتفعين من هذا المشروع بها وإنما تتعلق بالطرفين الرئيسيين والهدف منها المحافظة على التوازن المالي بين الطرفين، وهي التي تتعلق بتجديد الالتزام وبطريقه تنفيذ العقــد وهي تخضع لأحكام القانون المدني ولا يستطيع أي طرف من الأطراف تنفيذها أو تعديلها إلا باتفاق كلا الطرفين.

٢. النصوص التنظيمية: وهي التي يتأثر بها المستفيدين من ذلك المشروع وهي تتعلق بتنظيم المرفق العام وإدارته مثل، الرسوم التي تفرض على المستفيدين مــن ذلــك المرفق العام حيث تملك الإدارة تعديلها وتغييرها وفق ما يحقق المصلحة العامة .

---

1 راجع في نفس المعنى: سري الدين،هاني صلاح(٢٠٠١) **التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية التي يمولها القطاع الخاص**،(ط١)،دار النهضة العربية، ص ٢٨٤ .

2 فهمي ،محمود محمد(٢٠٠٤)، بحث بعنوان عقود B.O.T وتكيفها القانون،مشروعات B.O.T(B.OT وأخواتها) الجوانب القانونية والاقتصادية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ،مركز البحوث،سلسلة إصدارات البحوث الإدارية(٤)ص٩٣.

ويرى البعض أن هنالك عدة أسباب أكدت الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود وهي[1]:

١. لأنها لا تحتوي حسب وجهة نظرهم على أهم عنصر يميز العقود الإدارية وهو وجود الشروط الاستثنائية.

٢. افتقار هذا النوع من العقود على تنظيم قانوني يعالجها بصفه عامة، وإنما هنالك قوانين وضعت لمعالجة بعض المشروعات التي تتعلق بآلية قيام القطاع الخاص بإنشاء المرافق الراهن التي تتعلق بالبنية الأساسية.

٣. أن القانون المدني لم يتطرق إلى هذا النوع من العقود حسب الشكل الذي تراه الآن مما يؤكد عدم خضوعها لأحكام القانون المدني .

ويؤكد بعض الفقهاء على الطبيعة الخاصة لعقود البوت وأنها مفهومًا جديدًا في مجال الدراسات القانونية، هذا المفهوم الذي يقوم على الاستعانة بالقطاع الخاص المتمثل بالمستثمر أو شركه المشروع من أجل إنشاء مشاريع تتعلق بالبنية الأساسية، وأنه لا بد من وضع قواعد قانونية جديدة تتعلق بالعديد من النواحي، مثل ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع والآلية التي يتم فيها إعادة المشروع للدولة عند انتهاء مده العقد والبحث عن مدى جواز تحويل الأموال المتحصلة من هذا المشروع إلى الخارج، والبحث عن مدى جواز الحجز على هذه الأموال والأمور المتعلقة بنوعية المنازعات التي قد تنشأ بعد البدء بتنفيذ العقد أو قبل البدء بتنفيذه، وأنه من الصعوبة بمكان الالتزام بتكيف محدد ودائم لهذا النوع من العقود مما يتطلب بحث كل عقد على حدا لمعرفة مدى توافر شروط العقد الإداري فيه من عدمه [2].

ويميل الباحث إلى وجهة النظر التي ترى أن عقد الـــ B.O.T من عقود الإدارة، وأنها صورة متطورة لعقد امتياز المرافق العامة لكون الإدارة طرفًا فيه- بوصفها صاحبة سلطة وسيادة وليس كشخص عادي- ولأن موضوع العقد في أغلب الأحيان يكون متعلق بمرفق عام، حيث تهدف الإدارة إلى التعاقد مع الطرف الأخر لتسيير وتطوير ذلك المرفق العام، الذي يكون هدفه إشباع حاجة عامة للجمهور، ويكون ذلك الأسلوب من التعاقد سواء من حيث كيفية إبرامه وإعطاء الطرف الأخر بعض صلاحيات الإدارة في مواجهة الغير كل ذلك هو أمر استثنائي لا يكون في عقود القانون الخاص .

---

1 بدر ،احمد سلامه، **العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T** مرجع سابق ص٣٨٦.

2 حعفر، محمد انس(٢٠٠٣) **العقود الإدارية** ،دراسة مقارنة ،القاهرة: دار النهضة العربية ،ص٨٣

حيث عرف احد الفقهاء عقدى الامتياز بأنه"طريقة من طرق إدارة المرافق العامة تتمثل في عقد إداري ذي طبيعة مختلطة يعهد بمقتضاها أحد أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص (فرد طبيعي أو شركة) بمهمة إشباع حاجة جماعية عن طريق إنشاء وتسيير مرفق عام على نفقته الخاصة، وعلى مسؤوليته لقاء تقاضي مبالغ مالية من المنتفعين ولكن تحت إشراف ورقابة الإدارة المتعاقده (مانحة الالتزام)"([1]).

وعليه فإن الدستور الأردني نص في المادة (١١٧) منه على أنه" كل امتياز يعطى لمنح حق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون".

ومن خلال النص الدستوري السابق يتبين لنا ان العقد محل الدراسة هو صورة متطورة لعقد امتياز المرافق العامة، ويتعلق بإدارة مرفق عام من مرافق الدولة اواستغلال ثروات طبيعية من خلال تخويل الادارة صاىبة الامتياز ذلك إلى طرف اخر متعاقد معها .

المطلب الثالث: أشكال عقود البناء والاستغلال والتسليم الــB.O.T

تنقسم عقود البناء والاستغلال والتسليم ألــ B.O.T بناءً على طبيعة الحق الذي تمنحه الإدارة أو الدولة إلى الطرف الأخر إلى نوعين: النوع الأول وهو عقود الــ B.O.T الخاصة بمنح حق الاستغلال وسوف نتناوله في الفرع الأول من هذا المطلب والنوع الثاني عقود الــ B.O.Tالخاصة بمنح حق الملكية وسنتحدث عنه في الفرع الثاني.

الفرع الأول : عقود الــ B.O.T الخاصة بمنح حق الاستغلال

ويندرج تحت هذا النوع من العقود مجموعة من الصور وأهمها ما يلي :

أ- **عقود البناء والتسليم والتشغيل BTO .(build.transfer.operate)**

وتكون هذه الصورة عندما تقوم الإدارة ببناء المرفق العام على نفقتها الخاصة ثم تبرم عقدًا مع المستثمر وهو الشركة الخاصة من اجل إدارة هذا المشروع فترة من الزمن حيث يكثر استخدام هذه الصورة في المشاريع السياحية لإنشاء فنادق ومنتجعات سياحية، وتعتبر هذه الصورة من عقود الخدمات([2]).

---

1 الشطناوي ،علي خطار،(٢٠٠٣) الوجيز في القانون الإداري،الأردن،عمان:دار وائل للنشر،ص٢٧١.
2 نصار،جابر جاد (٢٠٠٢)، **عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام**،دار النهضة العربية ، ص ٩٥.

ويرى الباحث أن الإدارة تلجأ إلى هذا الموع من العقود، للإستفاده من قدرات القطاع الخاص في إدارة هذه المشاريع الكبرى؛ نظرًا لوجود الخبرة والكفائه لدى هذا القطاع الخاص بما يتناسب مع متطلبات المنافسة في السوق من خلال تقديم أفضل الخدمات وباقل الأسعار .

ب – عقود البناء والاستئجار والتسليم (B.R.T or B.L.T) (build .lease or rent. transfer)

ويقصد به (البناء والتأجير والتسليم) وتتحقق هذه الصورة عندما تتعاقد الإدارة مع المستثمر شركة المشروع (على قيام الأخير ببناء المرفق العام ثم يقوم بتأجيره للإدارة لفترة زمنية معينه يتم تحديدها في العقد، وعند نهاية هذه المدة يقوم المستثمر بتسليم المرفق العام أو البناء إلى الإدارة، وهنا ما يحصل عليه المستثمر ليس إيجارًا عاديا، وإنما يشمل ما هو أكثر من ذلك بحيث يغطي تكلفة ما قام به من إنشاء والتصميم وأجور الخبراء إلى غير ذلك من النفقات، وتهدف الدولة من ذلك الاستئجار أنها سوف تتعامل هي مع المواطن وتقدم الخدمة بدلًا من الأجنبي[١].

ويرى الباحث أن الإدارة تهدف من ذلك العقد إلى بناء مرفق عام ضمن المواصفات التي تحددها الدولة؛ لكي تتناسب مع حجم الخدمات التي تقدم للمواطنين أخذة بعين الاعتبار بأن هذا المشروع سوف تؤول ملكيته للدولة بعد ذلك، وتكون الدولة قد حققت هدفها من ذلك المشروع وتتخلص من بدل الإيجار الذي كانت تدفعه للمستثمر.

ج- عقود البناء والاستئجار والاستغلال والتسليم (B.R.O.T or B.L.O.T)

build or leas rent .operate .transfer

تتحقق هذه الصورة عندما تبرم الإدارة مع المستثمر(شركة المشروع) عقدًا بمقتضاه يقوم المستثمر ببناء المرفق العام على نفقته لصالح الإدارة، ثم يقوم باستئجاره منها لاستغلاله والحصول على إيرادات من الجمهور مقابل الخدمة التي يقوم بتقديمها لهم خلال فترة زمنية معينة يتم الاتفاق عليها في العقد، وخلال هذه الفترة تقوم الإدارة بالإشراف على ذلك المرفق العام؛ لأن المستثمر سيقوم باستغلاله تحت رقابتها وإشرافها، وبعد انتهاء هذه المدة الزمنية يقوم

1 نصار،جابر جاد **عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الإلتزام** ،المرجع نفسه،ص٩٥.

بتسليمه للإدارة بحالة جيدة تسمح باستغلاله ويمكن للإدارة تجديد مدة الاستئجار للمستثمر مره أخرى[1].

ويرى الباحث أن الإدارة من خلال هذه الصورة تظمن حقها في الرقابة والإشراف على ذلك المشروع أو المرفق العام لضمان أفضل الخدمات التي تقدم للمواطنين ويجب على المستثمر تسليم المرفق العام إلى الإدارة عند انتهاء فترة العقد أو ممكن الإدارة تقوم بتجدبد الاستثمار له مرة اخرى أو منح الامتياز لمستثمر أخر من خلال تأجيره له.

الفرع الثاني: عقود ال BOTالخاصة بمنح حق الملكية

ويندرج تحت هذا النوع العديد من الصور ومن أهمها ما يلي:

أ- **عقد البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية** (B.O.O.T)

(build.own.operate.transfer)

وبموجب ذلك العقد يتم الاتفاق بين الإدارة والمستثمر(شركة المشروع)على قيام الأخير ببناء المرفق العام وتملكه وتشغيله، من خلال قيام المستثمر بتزويد المرفق العام بكافة الأدوات والمعدات اللازمة لتشغيله، ويقوم بتقديم الخدمة اللازمة للجمهور طيلة المدة المتفق عليها في العقد وتحت إشراف الإدارة، وعند إنتهاء مدة العقد يقوم المستثمر بالتنازل عن ملكية المرفق العام للإدارة [2].

ويرى الباحث أن هذه الصورة تختلف عن صورة عقد الـــ BOT التي هي محور دراستنا في أن الأخير لا تتحقق فيه ملكية المستثمر للمشروع، وإنما يقوم ببنائه لصالح الإدارة، في حين أن هذه الصورة تخول للمستثمر ملكية ذلك المشروع بعد بنائه طوال فترة العقد ثم يقوم بنقل ملكيته إلى الإدارة .

---

1 الروبي، محمد، **عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T** ،مرجع سابق، ص ٤١.

2 نصار،جابر جاد **عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام**،مرجع سابق ص ٧٧للاستزاده انظر المؤلفات التالية:

- بدر،أحمد سلمة، **العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T** ،مرجع سابق ،ص ٣٥٨ وما بعدها.
- سلام، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية(B.O.T)** ، مرجع سابق، ص ٤٨.

ب –عقد البناء والتملك والتشغيل (B.O.O) (build.own.operate)

وفي هذه الصورة يتم التعاقد بين الإدارة والمستثمر أو مجموعة مستثمرين من أجل إنشاء مرفق عام، ويحق للمستثمر بموجب ذلك العقد تملك وتشغيل المشروع خلال فترة العقد ويكون للإدارة الحق في أخذ نصيب من الإيرادات المتحصله من ذلك المشروع أو المرفق العام، وعند انتهاء مدة العقد لا تنتقل ملكية المشروع إلى الإدارة أو الحكومة، وإنما يتم تجديد ذلك الاستثمار أو الامتياز أو ينتهي العمر الافتراضي لذلك المشروع أو تقوم الإدارة بمنح ذلك الامتياز إلى أي شركة أخرى أو مستثمر آخر، بشرط أن تقوم بتعويض المستثمر الأول تعويضًا عادلًا ، وفي جميع الحالات تحتفظ الإدارة بحقها في استيفاء نصيبها من الإيرادات المتحصلة من ذلك المشروع [(1)].

ونرى هنا أن الفرق بين هذه الصورة وصورة العقد بنظام الــ B.O.T تتمثل في أن الصورة الأولى يتم نقل الملكية فيها إلى الحكومة أو الإدارة، بينما في هذه الصورة B.O.O فلا يتم نقل الملكية إلى الحكومة، وإنما يتم تجديد ذلك الاستثمار مره أخرى أو تقوم الإدارة بإعطائه لشركة أخرى لتقوم باستغلاله وتشغيله وتحصل الحكومة أو الإدارة على نصيبها من تلك الإيرادات.

ج– عقود التحديث والتملك والاستغلال ونقل الملكية (M.O.O.T)

(modernize.own.operate.transfer)

إن هذه الصورة من صور العقود يتم الاتفاق بين الإدارة والمستثمر (شركة المشروع) على قيام الأخير بتحديث أحد المرافق العامة، أو أحد مشروعات البنية التحتية الأساسية، حيث يشمل ذلك التحديث تطويره بالوسائل التكنولوجية العالمية مقابل تملكه له وتشغيله واستغلاله طيلة المدة المتفق عليها في العقد، وهي فترة الامتياز ثم بعد ذلك يتنازل عن ملكيته للحكومة دون أي مقابل كل ذلك مقابل حصوله على إيرادات ذلك المشروع طوال فترة الامتياز [(2)].

---

1 الخرس،محمد بن جواد (٢٠١٢) ، **مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية(BOT) دور القطاع الخاص في تنميتها وموقف ألاقتصاد الاسلامي منها**،منشورات الحلبي الحقوقية،(ط١) ،ص ١٧٠ وما بعدها .راجع ايضًا :سلام،أحمد رشاد، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T)**، مرجع سابق ص ٤٨.

2 الخرس،محمد بن جواد، **مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية(BOT)**، مرجع سابق ص ١٧٢.

ونلاحظ هنا أن هذه الصورة تعد أقرب الصور إلى عقد الـــ B.O.T إلا أن الفرق بينهما أن المستثمر في هذه الحالة يقوم بتحديث مشروع قائم وتشغيله طيلة فترة العقد، أما في عقود ال B.O.T فإن المستثمر يقوم ببناء المشروع أو المرفق العام ويستغله طوال فترة العقد .

وعليه وبعد أن تناولنا في الفصل التمهيدي نشأة العقود الإدارية، وتعريف العقد الإداري ،بالإضافة إلى التعريف بعقود البناء والاستغلال والتسليم، وبيان طبيعته القانونية وأهم أشكاله وتطبيقاته فإننا سننتقل لبحث موضوع التسوية القضائية لمنازعات عقد البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T في القانون المقارن والقانون الاردني في الفصل القادم إن شاء الله.

الفصل الأول

التسوية القضائية للمنازعات المتعلقة بعقود البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T

تتنوع العقود التي تبرمها الإدارة فمنها العقود الإدارية والتي تنطبق عليها معايير العقــد الإداري، ومنها العقود التي تخضع لقواعد وأحكام القانون الخاص أي العقود المدنية والتجاريـــة وعليه فان ذلك التنوع ينعكس أثره على الجهة المختصة بنظر النزاع في حـــال حدوثـــه بـــين طرفي تلك العقود، ويكون أثره أيضا على القانون الواجب التطبيق على ذلك النزاع، وتتجلـــى الفكرة السابقة لدى الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج مثل الدول محل الدراسة وهي فرنسا ومصر والأردن، حيث يتكون نظامها القضائي من قضاء عادي وقضاء إداري .

وسنركز دراستنا حول العقود التي تبرمها الإدارة، وتكون صاحبة سلطة وســـيادة فيهـــا لمعرفة طرق تسوية هذه المنازعات قضائيًا وما هو القانون الواجب التطبيق على ذلك النـــزاع خاصة وأن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر هو صاحب الولاية العامة بنظر منازعات العقود الإدارية ومنها عقود الـــ B.O.T، فإنه من الطبيعي أن تنشأ بين أطرافه منازعات نظرًا للمدة الزمنية الطويلة التي يتم فيها تنفيذ هذه العقود، خاصة أن هذه العقود تقوم على التضارب بين مصالح أطرافه سواء الدولة أو الطرف الآخر، خصوصًا إذا كان مستثمر أجنبي ومن ثم لا بد من تحديد القانون واجب التطبيق والجهة القضائية المختصة لفض هذا النزاع.

وتأسيسًا على ما سبق سيتم تقسيم هذا الفصل كما يلي:

- **المبحث الأول : التسوية القضائية لمنازعات عقود ال B.O.Tفي القانون المقارن.**
- **المبحث الثاني : التسوية القضائية لمنازعات عقود ال B.O.Tفي القانون الأردني.**

المبحث الأول

التسوية القضائية لمنازعات عقود البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T في القانون المقارن

إن تنظيم السلطات القضائية وتحديد اختصاصاتها في أي دولة من الدول يعتبر من النظام العام والثوابت الأساسية التي تقوم عليها هذه الدول، ولا يجوز تجاوزها أو التعدي عليها مهما كانت الأسباب.

ومن المسلم به أن عقود الـــ B.O.T تتعلق غالبًا بمشاريع تقام على أراضي الدول وتهدف إلى إنشاء تلك المشاريع واستغلالها، ولذلك فإن أغلب الدول تميل إلى جعل قضائها الوطني هو المختص وفقًا للقواعد العامة في نظر المنازعات الناشئة عن تلك العقود وأيضًا تطبيق قانونها الوطني بالدرجة الأولى عليها ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك، ولمعالجة هذا الأمر فقد تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وعلى النحو التالي:

–المطلب الأول :التسوية القضائية لمنازعات عقود الـــ B.O.T في التشريع الفرنسي.

–المطلب الثاني :التسوية القضائية لمنازعات عقود الـــ BO.T في التشريع المصري.

المطلب الأول: التسوية القضائية لمنازعات عقود الـــ B.O.Tفي القانون الفرنسي

إن العقد محل الدراسة قد يتم بين الدولة أو أحد أشخاصها العامة، وبين طرف آخر سواء كان طرف وطني أو طرف أجنبي (مستثمر أجنبي) ، ويهدف إلى إقامة مرفق عام، وفي حال قيام الدولة بالتعاقد حسب ذلك النظام فهي صاحبة الخيار أما أن تقوم بالتعاقد بوصفها صاحبة سلطة وسيادة وتضمين العقد شروطا استثنائية مما يضفي عليه الطبيعة الإدارية، أو أن تنزل الإدارة منزلة الأفراد وتتعاقد بوصفها شخصًا خاصًا وهنا يعتبر ذلك العقد من عقود القانون الخاص، وعليه فإن دراسة التسوية القضائية في القانون الفرنسي تحتم علينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين رئيسيين وعلى النحو التالي:

– الفرع الأول :اختصاص القضاء الفرنسي

– الفرع الثاني :القانون واجب التطبيق .

الفرع الأول: اختصاص القضاء الفرنسي

إن اختصاص القضاء الفرنسي لفض المنازعات التي قد تنشأ بين طرفي العقد يختلف باختلاف المتعاقدين مع الإدارة، فإذا كان المتعاقد شخصًا وطنيًا، فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الفرنسي، أما إذا كان أجنبيًا فإن الاختصاص قد لا ينعقد للقضاء الوطني وعليه فإن المشرّع الفرنسي يميز بين حالتين نعرضها على النحو التالي:

أ- الحالة الأولى :

عندما تتعاقد الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة مع شخص وطني أي يحمل الجنسية الفرنسية فإن الاختصاص ينعقد إلى القضاء الفرنسي إذا نشب النزاع، وهذا ما أكده المشرّع الفرنسي في المادة (14)من القانون المدني الفرنسي بجعل اختصاص القضاء الفرنسي بنظر الدعاوى التي يكون فيها المدعي فرنسيا، أي أنه إذا كانت الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة هي المدعي في المنازعات المتعلقة في العقد محل الدراسة وعندها ينعقد الاختصاص للقضاء الفرنسي، حيث نصت المادة على ما يلي"يستطيع الأجنبي حتى ولو كان غير مقيم في فرنسا أن يستدعى أمام المحاكم الفرنسية من أجل تنفيذ موجبات ترتبت عليه في فرنسا تجاه فرنسي ويمكن استدعاؤه أمام المحاكم الفرنسية من أجل الموجبات التي ترتبت عليه في بلد أجنبي لصالح فرنسيين" [1].

ويثار التساؤل هنا هل القضاء الفرنسي هو المختص أيضا إذا كانت الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة هي الطرف المدعى عليها في المنازعات الناشئة عن العقد محل الدراسة ؟

ونرى أن المادة (15) قد أجابت على هذا التساؤل حيث نصت على أنه "يستطيع الفرنسي أن يداعي أمام محكمة فرنسية بموجبات عاقدها في بلد أجنبي مع رجل أجنبي"[2] ، ونستخلص من ذلك أن اختصاص المحاكم الفرنسية يكون للدعاوى التي تتعلق في العقد محل الدراسة إذا كان المدعي أو المدعى عليه شخصًا فرنسيا بناءً على ضابط الجنسية الذي حددته المادتين 14و 15من القانون المدني الفرنسي، إلا أن التساؤل الذي يتبادر للأذهان في هذا المجال هو من هي الجهة القضائية المختصة بنظر ذلك النزاع ؟

---

1 المادة (١٤) من القانون المدني الفرنسي راجع: فانسان هوزيه،بيار ماير، **القانون الدولي الخاص**(٢٠٠٨)،،ترجمة د.علي محمود مقلد،(ط١)، بيروت، الحمرا :مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ص٢٧١ وما بعدها.

2 المادة(١٥) من القانون المدني الفرنسي،المرجع نفسه ،ص٢٧١.

في الواقع أن القضاء الإداري هو الجهة المختصة بنظر النزاع والحجة دامغة، وتتمثل في أن فرنسا من أوائل الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج الذي يقوم على وجود قضاء عادي مختص بنظر المنازعات المتعلقة بالأفراد وقضاء إداري مختص بنظر المنازعات المتعلقة بالإدارة والذي يحكم جميع تصرفات الإدارة، ويتكون القضاء الإداري في فرنسا من مجلس الدولة والمحاكم الإدارية والهيئات القضائية الأخرى وسنتعرض لها بشكل موجز كما يلي :

أولا :مجلس الدولة

أصبح مجلس الدولة الفرنسي جهة قضائية مستقله عن الإدارة العامة ويتمتع باختصاص قضائي تام بموجب القانون رقم ١٨٧٢\٥\٢٤، الذي جعل مجلس الدولة هيئة قضائية تصدر أحكاما نافذة بمجرد صدورها وليست بحاجة إلى أي تصديق، ويقسم مجلس الدولة إلى قسمين: القسم القضائي وهو المختص بالفصل في الدعاوى المعروضة عليه، والتي لها أهمية معينة وتتعلق بتقرير أحد المبادئ القانونية بالإضافة إلى القسم الثاني وهو القسم الإداري للفتوى والتشريع.[1] .

ثانيًا المحاكم الإدارية

تحتل المحاكم الإدارية الفرنسية أهمية كبيرة؛ حيث تعتبر بالمرتبة الثانية بعد مجلس الدولة و كانت تسمى مجلس الأقاليم، والتي أنشأت بموجب القانون الصادر في 26 سبتمبر سنه 1926 ثم صدر مرسوم سنه 1953، الذي جعلها محاكم إدارية على غرار مجلس الدولة وقد أصبح اختصاص كل محكمة إدارية يمتد إلى مجموعة أقاليم في الدولة الفرنسية، وتمارس اختصاصات استشارية واختصاصات تشريعية وأصبحت اختصاصاتها القضائية تقوم على ثلاثة قواعد ثابتة وهي أن أي حكم يصدر عنها يمكن أن يكون قابلًا للاستئناف أمام مجلس الدولة، إلا إذا استأنفت بعض الأحكام بموجب القانون عندها ينعقد الاستئناف في هذه الحالة أمام مجلس الدولة نفسه[٢].

---

1 الحلو، ماجد راغب (١٩٧٧)، **القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، تنظيم القضاء الإداري ، ولاية القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، قضاء التعويض، قضاء التأديب، الطعن في الأحكام** ،(ط١)، الإسكندرية :دار المطبوعات الجامعية، ، ص ٧٠ وما بعدها. وأيضا انظر، أبو راس، محمد الشافعي،**القضاء الإداري،** الزقازيق : مكتبة النصر ، بدون تحديد طبعة، ص ١٠٣ وما بعدها.

2 الطماوي،سليمان محمد (١٩٩٦)،**القضاء الإداري الكتاب الأول، قضاء الإلغاء**، مدينة نصر :دار الفكر العربي ٩٤ عباس العقاد، ،(ط٧) ص ٨٠ وما بعدها.

والجدير بالذكر أن الاختصاص ينعقد لها بموجب التحديد الإقليمي أو الجغرافي للأقـاليم التابعة لها كما أنها أصبحت هي صاحبة الاختصاص العام بالنسبة لجميع المنازعات الإداريـة التي لم ينص المشرع الفرنسي على اختصاصها(1).

ثالثا :الهيئات القضائية الأخرى

وهي عبارة عن مجموعة من الهيئات لها اختصاصات قضائية وتخضع أحكامها للطعن أمام مجلس الدولة، وتتكون من مجالس القضاء الإداري والتي توجد في محافظات أعالي البحار حيث تستأنف أحكامها أمام مجلس الدولة وأيضا تتكون من محكمة المحاسبات، وهـي تختـص بالمسائل الحسابية الصادرة عن الهيئات الإدارية والتأكد من اتفاقها مع القوانين المالية، بالإضافة إلى أقسام أخرى، وهي الغرف الإقليمية للمحاسبات ومجلس الغنائم ومحكمة التأديب الموازنيـة المالية ولجان مجالس المساعدة الاجتماعية [2].

ب- الحالة الثانية

عندما تتعاقد الدولة أو الإدارة مع شخص أجنبي لا يحمل الجنسية الفرنسية سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا ويحدث نزاعًا أثناء تنفيذ العقد، فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الفرنسي إذا كانت الإدارة هي المدعية، وذلك إعمالا لنص المادة (14) من القانون المدني الفرنـسي التـي سبق الإشارة اليها، لأن جنسية المدعي وهي الدولة هي الجنسية الفرنـسية، وحتـى إذا كـان المدعي هو الطرف الأخر المتعاقد مع الدولة أي الشخص الأجنبي، فـإن الاختـصاص ينعقـد للمحاكم الفرنسية إعمالا لنص المادة (15)من القانون المدني الفرنسي التي سبق الاشارة اليهـا ،لأن تكون الدولة هي الطرف المدعى عليه.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أخذ أيضًا بمعيار موطن المدعى عليـه لإقـرار اختصاص القضاء الفرنسي على الدعاوى المرفوعة على الأجنبي، الذي يوجد له موطن داخـل الدولة الفرنسية، فلو كانت الدولة في العقد هي المدعية على الطرف الأخر أي الشخص الأجنبي وكان له موطنا أو محل إقامة في فرنسا فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الفرنسي .

ولكن التساؤل الذي يثار هنا هو هل تختص المحاكم الفرنسية بنظر الدعاوى التي ترفـع على الأجنبي غير المتوطن وكان يوجد أحد المدعى عليهم متوطنا في فرنسا ؟

---

1. أنظر :ابو راس،محمد الشافعي، **القضاء الإداري** ،مرجع سابق،ص ١٠٩ وما بعدها.
2 ابو راس،محمد الشافعي، **القضاء الإداري** ،المرجع نفسه،ص ١٠٩.

أجابت على ذلك المادة 2/42 من قانون المرافعات الفرنسية، حيث ينعقد الاختصاص في الفرض السابق للمحاكم الفرنسية، على الرغم من أن هذه المواد وضعت لتنظيم الاختصاص المحلي للمحاكم الفرنسية – علما بأن قانون المرافعات الفرنسية لم يتضمن مواد تتعلق بتنظيم الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية[1].

ويرى الفقه في فرنسا أنه يجب توافر عدة شروط لامتداد اختصاص القضاء الفرنسي والمصري على الدعاوى التي ترفع على الأجنبي، الذي ليس له موطن أو محل إقامة داخل إقليمهما ولكن يوجد لأحد المدعى عليهم الآخرين موطن أو محل إقامة في تلك الأقاليم وهذه الشروط هي: [2]

أولا: أن يكون هنالك ارتباط في الطلبات الموجهة إلى هؤلاء المدعى عليهم، وهذا الارتباط هو الذي يفسر العلة من ذلك وهي تحقق العدالة أمام نفس المحكمة أي منعًا من صدور أحكام متضاربة.

ثانيًا : يجب أن يكون المدعى عليه المتوطن في فرنسا أو الذي يثبت إقامته فيها مختصمًا بصفة أصلية، فإذا كان مختصمًا بصفة احتياطية كأن يكون كفيلا مثلا ، فلا يجوز بسط الاختصاص على باقي المدعى عليهم غير المتوطنين.

ثالثًا : أن يكون اختصام المدعى عليه المتوطن داخل الأراضي الفرنسية اختصامًا حقيقيًا وليس صوريًا ، أي أنه لا يجوز أن يخضع الأجانب غير المتوطنين في فرنسا لاختصاص القضاء الفرنسي إذا كان المدعي عليه المتوطن في فرنسا قد تم إشراكه في الدعوى من خلال الغش، أي يجب توجيه طلبات حقيقية لذلك المدعي عليه المتوطن في فرنسا حتى يكون سببًا لاختصام الآخرين معه، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يعد مدعيًا عليه حقيقيًا ذلك الشخص الذي يكون مجرد شخص صوري أو وهمي والمقصود بالوهمي أي أنه ليس له صله بالمنازعة وذلك في الحكم الصادر من محكمة استئناف (ROUEN) ،بتاريخ 18\5\1989 عندما حددت العلة من عدم أعمال المادة 42/2 من قانون المرافعات الفرنسية.

ومما تجدر الإشارة إليه إلى أن العرف السائد في فرنسا في حال إبرام الدولة للعقد مع شخص أجنبي مستثمر، فإنها مراعاة لجذب الاستثمار وتحقيقًا لرغبة المستثمر في أغلب

---

1 الحداد،حفيظة السيد (٢٠٠٤)،**النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي،الكتاب الثاني،الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم**،منشورات الحلبي الحقوقية، (ط١)،،ص ٩٨ وما بعدها.
2 الحداد،حفيظة السيد،المرجع نفسه،ص٩٧.

الأحيان فإن العقد المبرم يجب أن يحتوي على شرط اللجوء إلى التحكـيم لإنهـاء المنازعـات المتعلقة به، أي تستبعد الإجراءات القضائية الداخلية، وخير مثال على ذلـك صـدور قـانون 1986الذي أجاز اللجوء إلى التحكيم في العقد محل الدراسة عند إبرامه مع شخص أجنبي على اعتبار أن حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية يقتصر مجاله على النطاق الداخلي وليس الدولي(١) .

ومما يؤيد اختصاص القضاء الفرنسي لنظر المنازعات المتعلقة بالعقد هو أن غاية ذلـك العقد هي إنشاء مرفق عام يتعلق بمصالح مهمة للدولة و لا يتصور إنشاء ذلك المرفق في اغلب الأحيان إلا داخل الدولة الطرف في العقد، أي داخل إقليمها الجغرافي، وفرنسا كغيرها من الدول تأخذ بالقاعدة العامة التي تقرر خضوع جميع المنازعات المتعلقة بالعقار إلى المحاكم التي يوجد بها ذلك العقار، فوجود ذلك العقار داخل الإقليم الفرنسي يحتم خضوع المنازعات الناشئة عنـه إلى المحاكم الفرنسية، بالإضافة إلى المبدأ العام الذي أخذت به أغلب التشريعات ويكـاد يكـون مبدأ دوليًا، وهو أن قانون موقع العقار هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة به.

الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق

بينا فيما سبق أن القضاء الفرنسي هو المختص بنظر المنازعـات المتعلقـة بعقـد الـــ B.O.Tإذا توافرت شروط معينة، وهي أن الدولة أو الإدارة تتعاقد مع شخص وطني؛ لأن ذلك العقد يكون عقدًا داخليًا ويتعلق بمنازعة داخلية، وأن أطرافه هم أطراف وطنيين، وحتى لـو تعاقدت الدولة أو الإدارة مع شخص أجنبي سواء شخص طبيعـي أم اعتبـاري فـإن القـضاء الفرنسي هو المختص بنظر هذه المنازعة استنادًا إلى المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها أنه" العقارات حتى ولو كانت مملوكه من أجانب فإنها تخضع للقانون الفرنسي ." بالإضافة إلى القواعد العامة التي تحتم خضوع المنازعات المتعلقة بالعقار إلى المحكمـة التـي يوجد بها ذلك العقار.

والتساؤل الذي يثار هنا هو ما هو القانون الواجب التطبيق علـى النـزاع فـي هـاتين الحالتين؟

---

1 الشيخ ،عصمت عبدالله (٢٠٠٣)،**التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**، القاهرة: كلية الحقوق ،جامعة حلوان ،دار النهضة العربية ،ص١٩٤.

تكمن الإجابة في أن القانون واجب التطبيق على الحالة الأولى هو القانون الفرنسي، لأن أطراف النزاع في العقد هم أشخاص وطنيين وهو عقد وطني وبالتالي فإنه لاعتبارات السيادة الوطنية للدولة الفرنسية وانسجامًا مع المبادئ العامة للقانون الفرنسي، فإن ذلك يحتم خضوع الأطراف للقانون الفرنسي، ناهيك عن المبدأ العام في أغلب التشريعات الوطنية ومنها التشريع الفرنسي الذي يقضي بأن قانون موقع العقار هو المختص بنظر جميع المنازعات المتعلقة به، لأنها هي أقدر المحاكم على فهم ودراسة الظروف المحيطة بذلك العقار، بالإضافة إلى أن مبدأ الفاعلية الذي يقضي أن تكون الأحكام الصادرة بأي منازعة لها قوة وفاعليه من حيث التنفيذ أو الحجز بالإضافة إلى جميع الإجراءات القضائية التي تتم على هذه المنازعة.

أما إذا تم التعاقد مع شخص أجنبي لإبرام العقد وكان الطرف الأول فرنسي الجنسية فهنا يعترف الاجتهاد الفرنسي للأطراف بحرية اختيار القانون الذي يحكم هذا العقد، لأنه يعتبر من وجهة نظر جانب من الفقه عقد إداري دولي[1]، أو عقدًا دوليًا استنادًا إلى المعيار القانوني، كون أحد الأطراف يحمل الجنسية الفرنسية والطرف الأخر شخص أجنبي، أي بسبب توافر عنصر أجنبي في ذلك العقد، أو استنادًا للمعيار الاقتصادي الذي يعتمد على انتقال الأموال والخدمات بين الدول كون هذه العقود تتم من خلال شركات تجارية واستثمارية دولية وتتمركز أموالها خارج الإقليم الفرنسي [2].

ويرى أحد الفقهاء [3] أن العقد يعتبر وطنيًا إذا ارتبطت جميع عناصره بدولة واحدة، أي أن يبرم من قبل أشخاص يتمتعون بنفس الجنسية، ويتم إبرامه داخل دولتهم عندها يخضع ذلك العقد إلى قانون الدولة التي ينتمي لها الأطراف وينفذ العقد فيها.

أما العقد الدولي، فقد اختلف الفقهاء حول المعيار الواجب إتباعه للقول بدولية العقل فمنهم من استند إلى المعيار الاقتصادي الذي يقوم على الارتباط بمصالح التجارة الدولية، والبعض الآخر استند إلى المعيار القانوني، الذي يقوم على اعتبار العقد دوليًا إذا كانت عناصره تتصل بأكثر من دولة ويخضع لأكثر من نظام قانون واحد كالعقود التي تبرم بين شخص وطني

---

1 عرف الدكتور محمد عبد العزيز بكر العقد الغداري الدولي بأنه"العقد المبرم بين الدولة أو أحد الاجهزة التابعة لها مع شخص أجنبي بغرض إنشاء التزامات تعاقدية قد تستخدم فيها الدولة سلطتها العامة أو لاتستخدمها "،للمزيد حول هذه التعريفات راجع : أبو أحمد،علاء محيي الدين مصطفى(٢٠٠٨)،**التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية،دراسة مقارنة**، الازاريط:دار الجامعة الجديدة،ص٦١-٦٣.

2 المصري،محمد وليد (٢٠٠٢)، **الوجيز في القانون الدول الخاص،دراسة مقارنة، للقانون الدولي مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي**،(ط١) ، ص ١٩٥ وما بعدها.

3 الشيخ ،عصمت عبدالله،**التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**،مرجع سابق ص٥،٦.

وشخص أجنبي حيث يفضل الفقه الحديث المعيار الاقتصادي على المعيار القانوني؛ لأنه يتجاوز الاقتصاد الداخلي للدولة[١].

ويرى جانب من الفقه أن التشريع الفرنسي من خلال مبادئه العامة يسمح بأن يقوم الأطراف في العقد بالاتفاق على قانون معين حتى لولم يرتبط بأي منهم من خلال الجنسية؛ لأن ضرورة التجارة الدولية في بعض الأحيان تحتم ذلك، ومما يبرهن على ذلك اختيار القانون الإنجليزي ليحكم العقود الدولية التي يقومون بإبرامها حتى لو لم يتصل هذا القانون بالحالة المعروضة أو المهيأة للتعاقد [2].

ومما تجدر الإشارة اليه أنه في الحالة التي لا يقوم أطراف العقد محل الدراسة بتحديد القانون واجب التطبيق عليه، فإن الخيارللقاضي الفرنسي في معرفة ذلك القانون واجب التطبيق على العقد من خلال دراسة ظروف العقد التي تفصح عن النية المفترضة للأطراف، وإما من خلال التمركز الموضوعي للعقد [3]؛ حيث يقوم بتطبيق قانون الدولة الذي سوف ينفذ فيه العقد أو من خلال التحليل الإرادي للمحكمة المختصة أو جنسية الأطراف أو الموطن المشترك للمتعاقدين.

ويمكن القول بأن هذا التوجه الذي أخذ به التشريع الفرنسي يعطي سلطة تقديرية أكبر للقاضي لدراسة العقد المعروض عليه؛ لأنه أحيانًا لا يكون للمتعاقدين موطن مشترك، ولا يكون للدولة التي تم إبرام العقد فيها أي علاقة بهذا العقد، وبالتالي فإن الأخذ بذلك سيؤدي إلى تطبيق قانون دولة معينه لم تتجه نية الأطراف إلى إخضاع العقد لقانونها، ويؤدي ذلك إلى الإضرار بمصالح المتعاقدين بينما إفساح المجال للقاضي - في الحالة التي لا يتفق الأطراف فيها على تحديد القانون واجب التطبيق على العقد - لدراسة جميع جوانب العقد حسب التشريع الفرنسي وسيؤدي إلى نتائج ايجابية تنعكس على المتعاقدين وتكون أقرب للواقع.

---

1 للمزيد حول تعريف العقد الدولي راجع مايلي:
- خالد،هشام،ماهية العقد الدولي(٢٠٠٧) ،الإسكندرية:منشأة المعارف ، ص٩٧.
- خالد،هشام،المدخل للقانون الدولي الخاص العربي(نشاته،مباحثه،مصادره،طبيعته)دراسة مقارنة(٢٠٠٦)،ص١٥.
- صادق،هشام علي،عقود التجارة الدولية (٢٠٠٧)،الإسكندرية:دار المطبوعات الجامعية ص٧٣-٧٤.

2 عرموش،ممدوح عبد الكريم،**العقد الدولي في التشريع الأنجلوساكسوني**،ص١٧٩.

3 يقصد بالتمركز الموضوعي للعقد :ان القاضي يقوم بالكشف عن القانون الاوثق صلة بالرابطة التعاقدية المطروحة بحسب طبيعة العقد،وظروف التعاقد وملابساته وهي فكرة العميد باتيفول،**عقود واتفاقيات**،مؤسسة داللوز للقانون الدولي، مشار إليه لدى :المصري،محمد وليد، **الوجيز في القانون الدول الخاص**، دراسة مقارنة، المرجع السابق،ص٢٠٢.

ومما يدل على قيام القاضي الفرنسي بإعمال القواعد العامة لديه في اختيار القانون واجب التطبيق في الحالات التي لا يتم فيها اختيار القانون واجب التطبيق على العقد، قـرار محكمـة النقض الفرنسية بتاريخ 25/1/1984م كرست دور القاضي في التركيز الذاتي للعقد أي حسب ما يعتبره مهمًا في وجهة نظر المتعاقدين [1]

لكن يثار التساؤل التالي هل يسمح التشريع الفرنسي بتطبيق القانون الأجنبي على العقد محل الدراسة، خاصة إذا كان ذلك العقد يهدف إلى إنشاء مرفق عام داخل الأراضي الفرنسية أي يهدف إلى إنشاء عقار ما داخل الإقليم الفرنسي؟

في الواقع إن القاعدة العامة تؤكد مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على التزاماتهم التعاقدية حتى لو تم اختيار قانون أجنبي، وذلك في العقود ذات العنصر الأجنبي حيث يسمح التشريع الفرنسي بتطبيق القانون الأجنبي إلا إذا كان مخالفا للنظام العام الفرنسي ولكن الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي وضعت استثناءً على ذلك، حيث أن العقار الموجود داخل الأراضي الفرنسية يجب أن يخضع للقانون الفرنسي حتى لو كانت هذه العقارًا ت مملوكه لأشخاص أجانب فقد نصت على أن "العقارًا ت حتى ولو كانت مملوكه من أجانب فإنها تخضع للقانون الفرنسي "([2]).

ويرى أحد الفقهاء أن قانون موقع العقار يعتبر قانون ضابط بوليسي، أي من القوانين التي لا يجوز استبدالها بتطبيق قانون آخر، وأن القيام بذلك يعتبر مخالفًا للنظام العام الفرنسي؛ لأنه هو القانون الذي يحكم موقع العقار[3].

نستخلص مما سبق أن القانون الفرنسي هو القانون المختص بنظر المنازعات المتعلقة بعقد الـ B.O.T عندما يكون أطراف ذلك العقد هم أشخاص وطنيون؛ لأن من متطلبات سيادة الدولة خضوع مواطنيها لقانونها هذا من جهة، ولأن هذه العقود تتعلق في أغلب الأحيان بالتنمية الاقتصادية وتستلزم إنشاء عقار داخل الإقليم الفرنسي من جهة أخرى؛ حيث أن القانون المدني الفرنسي ينص على قاعدة قانونية في المادة الثالثة فقره 2 منه والتي سبق الإشارة اليها على أن قانون موقع العقار هو الذي يطبق على منازعات العقود المتعلقة به، وأيضا حتى لو كان الطرف الأخر المتعاقد مع الدولة والإدارة شخص أجنبي سواء كان طبيعي أو شخص

---

1 مشار إليه لدى: المصري،محمد وليد، **الوجيز في القانون الدول الخاص**،دراسة مقارنة، المرجع السابق،ص٢٠٣.

2 فانسان هوزيه،بيار ماير (٢٠٠٨)، **القانون الدولي الخاص**،مرجع سابق :ص٥٩٥ .

3 للمزيد حول ذلك راجع:فانسان هوزيه،بيار ماير ،ص٥٩٧ وما بعدها.

معنوي فإن القانون الفرنسي هو واجب التطبيق، وذلك لأن هذا العقد يتعلق بمرفق عام مقام على الأرض الفرنسية وهو متمثل بعقار حيث أن القانون الفرنسي هو الذي يحكم المنازعات المتعلقة بالعقارًا ت المقامة داخل الأراضي الفرنسية هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن القاعدة العامة في أغلب التشريعات تنص على أن قانون موقع العقار هو الذي يحكم جميع المنازعات المتعلقة به.

المطلب الثاني: التسوية القضائية لمنازعات عقود ال B.O.Tفي القانون المصري

إن تطبيق القواعد العامة في الاختصاص على منازعات عقود الـ B.O.T التي يجري إبرامها وتنفيذها داخل مصر تقضي باختصاص القضاء المصري بنظر كافة المنازعات، التي تتعلق بهذه العقود، ولبيان ذلك تم تقسيم هذا المطلب إلى على فرعين رئيسيين:

- الفرع الأول: اختصاص القضاء المصري
- الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق

الفرع الأول: اختصاص القضاء المصري

إن صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية بشكل عام وعقود الـ B.O.T في مصر هو القضاء الإداري ممثلا بمجلس الدولة وليس القضاء العادي، وقد جاء الدستور المصري لعام ٢٠١٤ واضحًا وصريحًا حيال ذلك إذ نصت المادة (١٩٠) منه "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفا فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

من خلال هذا النص الدستوري يتبين لنا بأن القضاء الإداري هو القضاء المختص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ومنها بالطبع عقود الـ B.O.T ، وبالتطرق إلى قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 نجده حدد في المادة العاشرة منه اختصاصات مجلس

الدولة، ومنها ما ورد في الفقرة الحادية عشر والمتعلقة بالمنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو أي عقد إداري آخر [1] .

نلاحظ أن الفقرة السابقة لم تكن حصرًا على المنازعات المتعلقة بأشهر العقود الإدارية وإنما شملت أي عقد إداري آخر، وعليه فإن عقود الـ B.O.T محل دراستنا يكون صاحب الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها هو مجلس الدولة.

ولكن ما مدى إمكانية خضوع المنازعات الناشئة عن عقود الـ B.O.T إلى القضاء الأجنبي خاصةً وأن أغلب العقود التي تبرمها الدولة بذلك النظام تكون مع مستثمر أجنبي، حيث يميل الأخير إلى تطبيق إما قانون دولته التي يحمل جنسيتها أو قانون آخر غير قانون الدولة الوطني أو اللجوء إلى أي وسيلة أخرى تكون بعيده عن تطبيق قانون الدولة المضيفة وذلك لشعوره بأن قضاء الدولة المضيفة سينحاز إلى جهة الإدارة وأحيانًا لا تتولد لدى المستثمر الأجنبي العلم بكافة القوانين الوطنية أو الإجراءات القضائية للدولة المضيفة [2].

---

1 نصت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢" تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : أولًا : الطعون الخاصة بانتخابات المجالس المحلية . ثانيًا : المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم . ثالثًا : الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح العلاوات رابعًا : الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي . خامسًا : الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية . سادسًا : الطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم وفقًا للقانون الذي ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام مجلس الدولة . سابعًا : دعاوى الجنسية . ثامنًا : الطعون التى ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي، فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل وذلك متى كان مرجع =الطعن، عدم الاختصاص أو عيبا في الشكل أو مخالفة للقوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها . تاسعًا : الطلبات التى يقدمها الموظفون العموميين بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية =
عاشرًا : طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية . حادي عشر : المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر .
ثاني عشر : الدعاوى التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون ثالث عشر : الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانونًا . رابع عشر : سائر المنازعات الإدارية.
ويشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيبا في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة.
ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح، وأيضا راجع:عطية،محمد أحمد(٢٠١٢)،**مجلس الدولة تشكيلة واختصاصاته**، ص٢٨٢.

2 . الظفيري،مدلول حشاش(٢٠٠٦)،**الأسس القانونية لعقود البوتB.O.T في ظل كل من القانون الأردني والقانون الكويتي،دراسة مقارنة**،رسالة ماجستير،الجامعة الأردنية،ص١٤٠.

ونخلص أن المشرع الدستوري المصري قد حدد القضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وهو قضاء مجلس الدولة وذلك في المادة (190) من الدستور المشار إليها سابقًا، ولم يجز اللجوء إلى القضاء الأجنبي ومما يدل على ذلك لفظ (دون غيره) في نفس المادة والمقصود بدون غيره سواء قضاء آخر داخل الدولة أو قضاء أجنبي؛ لأن المطلق يجري على إطلاقه.

مما تجدر الإشارة إليه أن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 13لسنة 1968، الذي أكد على ولاية المحاكم المصرية للنظر في المنازعات ذات العنصر الأجنبي في المواد 28و29و 30 التي تحدثت عن الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية وسوف يتم التطرق إلى هذه المواد تباعًا وعلى النحو التالي:

أولا : المادة (28) من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي جاء فيها "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج " .

يتبين لنا من نص المادة السابقة، أن المشرع المصري طبق معيار الجنسية وجعل اختصاص المحاكم المصرية يسري على المدعى عليه مجرد كونه يحمل الجنسية المصرية حتى لو لم يكن مقيماً في مصر، ولكن استثنى من ذلك إذا كانت الدعوى المتعلقة بعقار موجود خارج الجمهورية العربية المصرية، عندها لا ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية سواء أكان المدعى عليه مصريًا أو أجنبيًا .

إن هذا النهج السابق له العديد من الايجابيات؛ لأنه يراعي مصلحة المدعى عليه المصري ولأن محاكمة الشخص أمام محاكم دولته هو مظهر من مظاهر سيادة هذه الدولة ويهدف إلى توطين المصريين في أرضهم، حيث عبرت المذكرة الإيضاحية عن ذلك عندما أشارت "أن ولاية القضاء شخصية بالنسبة للوطنيين حيث تشملهم ولو كانوا متوطنين خارج إقليم دولتهم"[(1)] .

ولكن يثار تساؤل حول سريان حكم المادة (28) مرافعات في مواجهة الأشخاص الاعتبارية؟ حقيقة انقسم الفقه للإجابة على ذلك التساؤل إلى قسمين :

---

1 سلامة، احمد عبد الكريم (٢٠٠٧)، **مختصر العلاقات الدولية الخاصة، تنازع قوانين، المرافعات الدولية**، الإسكندرية :دار النهضة العربية،بدون سنة نشر ص٦٨،وأيضا،المنشاوي،عبد الحميد،**التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية**،دار المطبوعات الجامعية، ،،ص ٦٥ وما بعدها.

القسم الأول : يرى أن الاحتكام إلى ضابط الجنسية يؤدي إلى سريان النص السابق على الأشخاص الطبيعيين دون الاعتباريين، ويسندون رأيهم هذا على اعتبار أن الشخص الاعتباري ليس عضوًا في شعب الدولة[1].

القسم الثاني: يرى أن حكم المادة (28) يسري على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين دون تفرقة ويسندون رأيهم إلى أن المشرع قد استخدم لفظ (المصري) بصفة عامة ويقصد في ذلك الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين [2].

يميل الباحث إلى الرأي الخاص بالقسم الثاني؛ لأن اللفظ جاء مطلقًا وأن المطلق يجري على إطلاقه بالإضافة إلى أن مقتضيات المصلحة العامة تقتضي احتكام الأشخاص الاعتباريين المصريين إلى محاكم دولتهم تحقيقا لمبدأ السيادة.

ثانيًا :المادة (29) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري التي جاء فيها"تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج"

تبين لنا من خلال المادة السابقة أن المشرع المصري جعل اختصاص المحاكم بنظر الدعاوى التي ترفع على الشخص الأجنبي، إذا كان له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، إلا أنه استثنى من ذلك إذا كانت الدعوى تتعلق بعقار موجود في الخارج، سيما وأن العقد محل الدراسة غالبًا ما يكون الطرف المتعاقد مع الدولة هو شخص أجنبي، فيكفي وفقا لنص المادة السابقة أن يكون لهذا الأجنبي موطن أو محل إقامة في مصر حتى تختص المحاكم المصرية بالنظر بالدعاوى التي تقام ضده .

---

1 سلام، احمد رشاد، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T)** مرجع سابق،ص٤٢٥.

2 رياض، فؤاد وراشد، سامية (١٩٩٤)،**تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية**،دار النهضة العربية، ص٤٧٢،للاستزادة راجع،الحداد،حفيظة السيد،**النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي،الكتاب الثاني،الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم،** ص ٧٥ وما بعدها.

أما تحديد ما هو المقصود بالموطن [1] أو محل الإقامة [2] فإن صاحب الاختصاص في التحديد هو القانون المصري؛ لأن الأمر يتعلق بتفسير أحد قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية.

وهنا يثار تساؤل في حال تعدد المدعى عليهم الأجانب وكان لأحدهم فقط موطن أو محل إقامة في مصر حيث أن هذا الافتراض وارد الحدوث خاصة وأن العقد محل دراستنا غالبًا ما تقوم بتنفيذه مجموعة شركات فهل ينطبق حكم المادة 29مرافعات على هذا الوضع؟

في الواقع أجابت المادة 4/30 مرافعات على ذلك حيث نصت على أنه"تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية"

وعليه ووفقا للمادة السابقة فإن المحاكم المصرية هي صاحبة الاختصاص في نظر الدعوى المقامة على هؤلاء الأشخاص الأجانب جميعًا ، إذا كان لأحد المدعى عليهم موطنا أو محل إقامة داخل الجمهورية حتى لو كان بقية المدعى عليهم لا يقيمون في مصر وليسوا متوطنين أيضًا وذلك تحقيقًا للعدالة، وتجنبًا لإصدار أحكام متضاربة بنفس الدعوى أو

---

1 هناك ثلاثة أنواع للموطن وقد تم توضيحهم في نصوص المواد ٤٣،٤١،٤٠،٢/ مدني مصري كالآتي :
الموطن العام:
- نصت المادة ٤٠ مدني "بأن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة فإذا كان للأجنبي موطن عام في مصر فإن اختصاص المحاكم المصرية يمتد إلى كافة الدعاوى التي ترفع على هذا الأجنبي سواء تعلقت بالأحوال العينية ام الشخصية،فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار كائن بالخارج =
= **الموطن الخاص:** وطبقا للمادة ٤١ مدني يكون هو ذلك الموطن الذي يتعلق بمباشرة نشاط أو أنشطة معينة مثل الموطن التجاري وعليه فإن الشخص الذي يمارس مهنة أو حرفة تجارة أو صناعة،فإن المكان الكائن به محل تلك التجارة أو الصناعة يعتبر موطنًا فيما يتعلق بالمنازعات التي تثور بخصوصها .
- **الموطن المختار :** فنجد نص المادة ٢/٤٣ مدني تشير إلى انه "يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانوني معين" ونجد ذلك يتماشى مع نص المادة ٣٠ مرافعات والتي تقضي بأن "المحاكم المصرية هي المختصة بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية إذا كان له فيها موطنا مختارًا "،انظر في ذلك رياض، فؤاد و راشد، سامية ، **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية** ،مرجع سابق ص ٤٦٤،د،المنشاوي،عبد الحميد، **التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية** ،مرجع سابق،ص٦٦.

2 . ساوى المشرع المصري في نص المادة ٢٩ مرافعات بين الموطن ومحل الإقامة حيث يكفي أن يكون للأجنبي المدعى عليه محل إقامة في مصر لكي يثبت الاختصاص للمحاكم المصرية ولو كان موطنه في الخارج أي انه بمجرد وجود سكن لشخص ما على إقليم الدولة فانه= يعتبر أن له محل إقامة حتى لو كانت ليست بصفة مستمرة إلا إذا كانت زيارة عارضة(سياحة) لأنه في هذه الحالة لا يكون له موطن أو محل إقامة في الدولة.

المنازعة تنفيذا للمبدأ القانوني، وهو أن المنازعة القانونية ذات الموضوع الواحد هي منازعة واحدة، حتى لو تعدد المدعى عليهم ولا يؤثر ذلك على شكلها القانوني (1) .

والسؤال هنا هل ينطبق حكم المادة 29على الشخص الاعتباري ؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل يجب الإشارة إلى إن المادة ٥٣/٢/د من القانون المدني المصري، والتي نصت على أن "موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته "وهذا النص يضعنا أمام فرضين للإجابة على هذا السؤال :

الفرض الأول :إذا كان تواجد مركز الشخص الاعتباري في خارج مصر وكان يمارس نشاطه في مصر، في هذا الفرض يكون ممارسة نشاط الشخص الاعتباري في مصر هو سبب اختصاص المحاكم المصرية في النظر بالدعاوى المقامة عليه، وذلك عملا بنص المادة التي جاء فيها "الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها وبالنسبة إلى القانون الداخلي المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية [(2)]" .

الفرض الثاني :إذا كان مركز إدارة الشخص الاعتباري في الخارج وله وكالة أو فرع داخل مصر عندها ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية، نظرًا لوجود الإدارة المحلية للشخص الاعتباري في مصر وذلك وفقا لنص المادة ٥٣/٢/د من القانون المدني التي سبق الإشارة إليها.

يلاحظ أن المواد 28و29 من القانون المدني المصري استثنت اختصاص المحاكم المصرية على الدعاوى المتعلقة بالعقارات الموجودة خارج مصر، وذلك لحكمه معينه وهي أن الدولة التي يوجد فيها مكان العقار يجب أن تكون محاكمها هي المختصة بنظر النزاعات المتعلقة بذلك العقار لقدرتها الفعلية على القيام بالإجراءات القضائية، وما يتطلبه من انتقال إلى موقع العقار أو الحجز عليه إلى غيرها من الإجراءات التي يمكن أن تتمخض عنها الدعوى منذ بدايتها إلى صدور حكم نهائي فيها، ولأن هذا المبدأ المسيطر على نظرية الاختصاص القضائي الدولي وهو "مبدأ القوة الفعالة "التي يجب أن تتسم بها الأحكام الدولية، ففي حالة عدم إقرار المشرع لهذا الاستثناء فإن ذلك يعني صدور حكم مجرد من كل قيمة فعلية في مواجهة دولة الموقع التي

---

1 الجداوي،احمد قسمت(١٩٩٥)،**مبادئ القانون الدولي الخاص**،المطبعة التجارية الحديثة، ص ٩٨،وأيضا،المنشاوي،،عبد الحميد، **التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية** مرجع سابق،ص٦٦،وما بعدها.

2 سلام،احمد رشاد، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T)** مرجع سابق،ص٤٢٨.

يراد تنفيذ الحكم فيها، لأن غالبية الدول ترفض تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في شأن المنازعات المتعلقة بعقارًا ت موجودة في إقليمها[1]" .

ثالثًا :نص المادة ٢\١٣٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصرية [2] التي حددت العديد من الحالات تختص بها المحاكم المصرية بنظر الدعاوى التي تقام على الشخص الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر وهي على النحو التالي:

الحالة الأولى : إذا كانت الدعوى تتعلق بمال موجود في مصر

وفي هذه الحالة ينعقد الاختصاص للمحاكم المصرية في المنازعات الناشئة عن العقد محل الدراسة، حتى لو كان الطرف المتعاقد مع الدولة شخص أجنبي؛ لأنه غالبًا ما يكون محل هذا العقد مشروع تنموي يتعلق بمرفق أساسي للدولة ويكون مقام على الأرض المصرية، وهو المقصود بلفظ المال في هذه المادة سواء أكان منقولًا أو عقارًا؛ لأن النص جاء مطلقا ولعل الحكمة من ذلك أن محكمة الموقع هي الأجدر بالقيام بالإجراءات القضائية المتعلقة بالعقار.

أي أن العقود التي تبرم وتنشأ في مصر يجب أن تختص المحاكم المصرية بنظر المنازعات الناشئة عنها، وبتطبيق ذلك على عقود الـ B.O.T التي تبرم في مصر وتنفذ أو تكون واجبة التنفيذ فيها -خاصة أنها تتعلق بمرافق عامة أساسية للدولة -نجد أن المحاكم المصرية هي صاحبة الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عنها.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع في المادة سالفة الذكر لم يفرق بين العقود المدنية والتجارية، وجعل اختصاص المحاكم المصرية بنظر الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تنشأ في مصر أو تنفذ فيها أو تكون واجبة التنفيذ فيها سواء كان العقد مدنيًا أو تجاريًا .

الحالة الثالثة: إذا كانت الدعوى تتعلق بإفلاس أشهر في مصر ، وفي هذه الحالة فإن الاختصاص ينعقد للمحاكم المصرية على الدعاوى التي تتعلق بإفلاس أشهر في مصر ويرى بعض الفقه أن الاختصاص أيضًا يكون للمحاكم المصرية إذا تعلق الأمر بإنهاء الإفلاس إذا توافرت الشروط المطلوبة التي نصت عليها المادة السابقة [3] .

---

1 سلام ،المرجع نفسه، ص ٤٢٩.

2 نصت المادة ٢/٣٠ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك = = إذا كانت الدعاوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبًا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها "

3 الجداوي،احمد قسمت، **مبادئ القانون الدولي الخاص** ،مرجع سابق،ص١٨٥.

وخلاصة ذلك تبين لنا أن القضاء المصري هو المختص في نظر المنازعات القضائية التي تتعلق بعقود الـ B.O.T وذلك وفقًا للمادة 190من الدستور المصري التي سبق الإشارة إليها حيث جاءت القوانين ذات العلاقة – مثل قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة 1968 في المواد 28و29 و30، وقانون مجلس الدولة في المادة العاشرة منه - متوافقة مع النهج الدستوري السابق، وأقرت اختصاص القضاء المصري للنظر في الدعاوى والمنازعات القضائية المتعلقة بالعقد، وأن أي اتفاق بين أطراف عقد الـ B.O.T إذا كان متعلقًا بمرفق عام داخل الأراضي المصرية على جعل القضاء الأجنبي هو المختص بنظر المنازعات الناشئة عنه فهو اتفاق باطل ومتعلق بالنظام العام ومخالف لمبدأ سيادة الدولة .

الفرع الثاني: القانون واجب التطبيق حسب التشريع المصري

إن مشكلة القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الـ B.O.Tلا تثار إذا كان طرفي العقد يتمتعان بالجنسية المصرية؛ لأن كليهما ملزمان بتطبيق القانون الوطني ولكن المشكلة تكون إذا كان الطرف الأخر المتعاقد مع الدولة مستثمر أجنبي، فنكون أمام تنازع قوانين وبحاجة إلى قواعد إسناد تحدد القانون واجب التطبيق على ذلك النزاع، ولأن العقد يكون بين الدولة وشخص أجنبي في أغلب الأحيان - مما يضفي عليه طابع الدولية حسب بعض المعايير - فإن ذلك أثر على موقف الفقه بشكل عام حول القانون واجب التطبيق على ذلك العقد، حيث كان الفقه قديمًا يخضع العقود الدولية لقانون محدد سلفا والذي يتمثل بأحد الخيارين إما قانون بلد إبرام العقد أو قانون بلد التنفيذ إلا أنه أصبح حديثًا للفقه موقف أخر يقوم على أن هذه العقود الدولية تخضع للقانون الذي تختاره وتحدده إرادة المتعاقدين [1].

ولأن تحديد القانون واجب التطبيق له أهمية كبيرة؛ حيث يبين حقوق كل طرف من الأطراف خاصة في حالة فسخ العقد وأيضًا الآثار التي تترتب على تنفيذه أو عدم تنفيذه وأيضًا مدى إمكانية تعديل شروط ذلك العقد حسب تغير الظروف والأحوال وجميع تلك المسائل تظهر الحاجة إليها في عقود الـ B.O.T (2) .

1 سلام،احمد رشاد، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T)** مرجع سابق ص ٣٧٤.

2 بعض الفقه يرى أن الطرف الأجنبي أو المستثمر الأجنبي تبرز حاجته بشكل اكبر من الدولة وهي الطرف الأخر في هذا العقد بخصوص مسألة القانون واجب التطبيق لأنه يكون عرضة لمخاطر كبيرة نتيجة اختيار= ذلك القانون، راجع في ذلك : حداد، حفيظة(٢٠٠٣)،**العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، طبعة ١٩٩٦،دار النهضة العربية ص ٤٠٨ وما بعدها.

يلاحظ أن القانون المصري أقر في ذلك الشأن كقاعدة عامة مبدأ حرية الأطـــراف الـــذي يمثلهم ذلك العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وإذا لم يحدد الأطراف القـــانون واجب التطبيق لا صراحة ولا ضمنا، فإن القاضي عليه تحديد ذلك القانون واجب التطبيق مـــن خلال نص المادة ١١١٩ مدني مصري التي جاء فيها "يسري على الالتزامات التعاقدية قـــانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنـــا ســـري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا أخر هو الذي يراد تطبيقه "[1] .

أي أن المشرع المصري أعطى الأولوية فيما يتعلق بالقـــانون واجـــب التطبيـــق علـــى الالتزامات التعاقدية إلى تطبيق القانون الذي يختاره ويحدده أطراف تلك العلاقـــة ســـواء كـــان تحديدهم لذلك القانون صريحًا أو ضمنيًا من خلال الظروف المحيطة بذلك العقد والذي تظهر فيه نية الأطراف في اختيار قانون معين، أما إذا لم يقم الأطراف بتحديد القانون واجب التطبيق على ذلك العقد، فإن القاضي المعروض عليه النزاع يجب أن يطبق قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين، ولكن بشرط اتحاد موطن كل منهما وإذا لم يتـــوفر ذلـــك أي إذا اختلف موطن المتعاقدين ففي هذه الحالة يجب على القاضي أن يطبق قانون الدولة التي أبرم فيها ذلك العقد .

ويشترط بعض الفقه أنه لكي يتم إعمال ذلك الضابط السابق أن يكـــون العقـــد ذو صـــلة بالدولة التي يتم الاحتكام إلى قانونها في نظر المنازعة الناشئة عن ذلك العقد من خلال كون أحد أطراف ذلك العقد أو كلاهما ينتمي لذلك القانون بجنسيته، أو قانون محل الإبرام أو محل التنفيذ ويعتبر وجود صلة فنية بين العقد والقانون الذي يحكمه كافيًا لتحقق ذلك الشرط أيـــضًا فـــي الحالة التي يتم فيها إبرام العقد بشكل متعارف عليه في قانون معـــين أو جـــرت العـــادة علـــى استخدامه في مجال التجارة الدولية مثلا[2].

1 المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته،منشورات مركز عدالة،وأيضا راجع،فهمي،محمد كمال (١٩٩٢) ،**أصول القانون الدولي الخاص**، الإسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية،(ط٢)،ص ٥٨٣ومابعدها.وراجع أيضا:،صادق،هشام علي(١٩٩٣)،**الوجيز في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين**،الإسكندرية،ص٣٠٦،وما بعدها.

2 سلامة،احمد عبد الكريم، **مختصر العلاقات الدولية الخاصة، تنازع قوانين، المرافعات الدولية** ،مرجع سابق ص ٤٣٦.

وبالتمعن بذلك الحكم التي نصت عليه المادة ١\١١٩ مدني مصري ومدى انسجامه مع العقد محل الدراسة خاصةً أن هذا العقد في الغالب يتعلق بمشاريع تنموية ومرافق عامة توجد على الأراضي المصرية وتهدف إلى تحقيق مصلحة عامة – لثارت الشكوك في أنفسنا أن ذلك الحكم ممكن أن يؤدي إلى نتائج سلبية لا تتناسب مع الصالح العام والهدف الذي تسعى هذه المشاريع إلى تحقيقه، خاصة إذا كان المشروع مقام على الأرض المصرية، إلا أن لمشرع تحسب لذلك الأمر وذلك من خلال نص المادة ٢\١١٩ مدني مصري التي جاء فيها "إن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار " [1] .

يتبين لنا من نص المادة السابقة أن المشرع المصري أقر قاعدة قانونية لها اثر كبير في استقرار المعاملات من خلال تحديده أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود المتعلقة به لأن ذلك له العديد من الايجابيات فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق، حيث يطبق قانون الدولة التي يقع ضمن إقليمها الجغرافي ذلك لمشروع مما يحقق سيادة الدولة على أراضيها ولأن قانون موقع العقار هو الأقدر على ملامسة الظروف المحيطة بذلك النزاع كما أسلفنا سابقا .

ونحن من جانبنا نؤيد هذا التوجه؛ لأنه يحقق المصلحة العامة ويتماشى مع اعتبارات السيادة ولأن أغلب عقود ألـ B.O.T تتعلق بمرافق عامة للدولة وتهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية للدول فمن باب أولى أن تخضع للقانون الوطني في نظر جميع المنازعات المتعلقة به سواء المتعلقة بتنفيذ العقد أو إنهائه سيما وأن مدة هذه العقود طويلة في الغالب وقد تصل إلى 99 عامًا.

ومما يؤكد اختصاص القضاء المصري بنظر منازعات العقد محل الدراسة، هو أن هذا العقد غالبًا مايكون عقد رئيسي وتدور في كنفه مجموعة عقود ومنها عقد نقل التكنولوجيا الذي يتطلبه تشغيل ذلك المرفق العام المنوي بناءه من خلال عقد البناء والاستغلال والتسليم الـ B.O.T حيث اشترط المشرع المصري خضوع العقود التي تتعلق بعقار، وفيها نقل للتكنولوجيا للقانون المصري من خلال المادة ٧٢/١+٢من قانون التجارة المصري رقم (17) لسنة 1999 التي جاء فيها "-1تسري أحكام هذا الفصل على كل عقد لنقل التكنولوجيا في جمهورية مصر العربية سواء أكان هذا النقل دوليًا يقع عبر الحدود الإقليمية لمصر، أم داخلياً ولا عبرة في

---

1 القانون المدني المصري،مرجع سابق.وأيضا راجع، فهمي،محمد كمال، **أصول القانون الدولي الخاص** مرجع سابق،٥٨٩.

الحالتين لجنسية أطراف الاتفاق أو لمحال إقامتهم -2.كما تسري أحكام هذا الفصل على كل اتفاق لنقل التكنولوجيا يبرم بعقد مستقل أو ضمن عقد آخر".

وعليه فإنه وفقا لهذه المادة السابقة فإن قانون التجارة المصري هو القانون واجب التطبيق في أي منازعة تنشأ عن هذه العقود، خاصة أن نص الفقرة الثانية من المادة السابقة أعطى شمولية لهذا القانون؛ حيث تطبق على عقود نقل التكنولوجيا سواء أبرمت بشكل مستقل، أو ضمن عقد آخر وهو الصورة الأكثر شيوعًا في عقد الـ B.O.T لأن نقل التكنولوجيا يعتبر أساسيًا لإدارة المشاريع العامة بعد إنشائها.

وأيضًا أعطت المادة (87) من ذات القانون الأولوية لاختصاص المحاكم المصرية في نظر المنازعات التي تنشأ عن ذلك العقد، واعتبرت الفقرة الثانية أي اتفاق في تلك العقود على اختصاص قانون أخر غير القانون المصري للفصل في ذلك النزاع باطلاً ولا يعتد به [1].

نستنتج مما سبق أن المشرّع المصري أقر باختصاص القضاء المصري في نظر المنازعات القضائية التي تتعلق بعقود الـ B.O.T ، ولم يجز خضوعها للقضاء الأجنبي وذلك من خلال الدستور المصري والقوانين ذات العلاقة، مثل قانون مجلس الدولة، وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، وأيضًا حدد القانون واجب التطبيق على تلك المنازعات بالقانون الوطني وذلك في العقود التي تتعلق بالعقارات الموجودة داخل جمهورية مصر العربية، وذلك حسب النصوص الواضحة التي اشرنا إليها سابقا في القانون المدني المصري.

---

1 – نصت المادة ٨٧ من قانون التجارة المصري على أنه"١– تختص المحاكم المصرية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن عقد نقل التكنولوجيا المشار إلية في المادة(٧٢) من هذا القانون .ويجوز الاتفاق على تسوية النزاع ودياً أو بطريق تحكيم يجري في مصر وفقا لأحكام القانون المصري.٢– وفي جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً".

المبحث الثاني

التسوية القضائية لمنازعات عقود الــبناء والاستغلال والتسليم B.O.T في التشريع الأردني

إن أغلب التشريعات تميل إلى جعل قضائها الوطني هو صاحب الولاية العامة في نظــر جميع المنازعات التي تنشأ على إقليم تلك الدول، وذلك تحقيقًا لمبدأ سيادة الدول واستقلالها؛ لأن القضاء المستقل يعتبر مظهرًا من مظاهر استقلال تلك الدول، والأردن كغيرها من الدول تميل إلى هذا التوجه فيما يتعلق بمنازعات عقد الــ B.O.T ولمعرفه ما استقر عليه التشريع الأردني بخصوص وسائل التسوية القضائية لمنازعات هذا العقد، فقد تم تقسم هذا المبحث إلى مطلبــين على النحو الآتي :

- المطلب الأول : اختصاص القضاء الأردني بنظر منازعات عقود الــ. B.O.T
- المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الــ .B.O.T

المطلب الأول: اختصاص القضاء الأردني بنظر منازعات عقود الــB.O.T

إن عقود الــ B.O.T هي عقود إداريه وبتطبيق القواعد العامة على العقود الإدارية نجد أن القضاء الإداري هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة بهذه العقود خاصة في الــدول التــي تأخذ بنظام القضاء المزدوج وإن اعتبارات السيادة في كل دوله تتطلب تطبيق القضاء الــوطني والقانون الوطني على جميع المنازعات التي تنشأ عنها(1) .

وإذا ما طبقنا هذه القواعد العامة على المنازعات التي تتعلق بعقود الــ B.O.T التــي يجري إبرامها وتنفيذها في الأردن، فإننا نجد أن القضاء الوطني هــو المخــتص بنظــر تلــك المنازعات وذلك استنادًا إلى نص المادة (102)من الدستور الأردني والتي نــصت علــى أنــه "تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص فــي جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقــام عليهــا باســتثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكــام هــذا الدستور، أو أي تشريع آخر نافذ المفعول".

1الروبي ،محمد، **عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T**،مرجع سابق ص١٧٧.

وبتحليل النص الدستوري السابق يتبين لنا أن المنازعات التي تتعلق بعقود الــ B.O.T والتي تكون الدولة أوالحكومة طرفا فيها سواء كانت هي الطرف المدعي أو المدعي عليه، فإن القضاء الوطني هو صاحب الولاية بالنظر في هذه المنازعات، إلا إذا كان هنالك استثناءً خاصًا سواء أكان دستوريا أو بحكم أي قانون آخر نافذ المفعول.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الأردنية بما يلي"إن المحاكم النظامية هي صاحبة الاختصاص للنظر في كافة المنازعات وولايتها في هذا الخصوص عامة شاملة كما نصت على ذلك المادة (102)من الدستور والتي تقضي بأن ولاية المحاكم النظامية وحق القضاء فيها يشمل جميع المنازعات بما فيها الدعاوى التي تقام من الحكومة أو تقام عليها، وهذا مفهوم أيضا من نص المادة الخامسة من قانون دعاوى الحكومة"[1] .

ومما تجدر الإشارة إليه أن قانون دعاوى الحكومة نص في المادة الخامسة منه على أنه " لا تسمع المحاكم أية دعوى ضد الحكومة إن كانت أصلية أو متقابلة، إلا إذا كانت من اجل :

أ- الحصول على أموال منقولة أو التعويض عنها بمقدار قيمتها .

ب-تملك أموال غير منقولة أو التصرف بها أو نزع اليد عنها أو استردادها أو التعويض عنها بمقدار قيمتها أو بدل إيجارها .

ج- الحصول على نقود أو تعويضات نشأت عن عقد كانت الحكومة طرفا فيه .

د- منع المطالبة بشرط أن يدفع المدعي المبلغ المطالب به أو يقدم كفيلا"[2] .

وبتحليل النص السابق يتبين لنا أن الدعاوى التي تقام على الحكومة كطرف في العقد محل الدراسة، يجب أن تقام لدى المحاكم الأردنية أي يختص بها القضاء الأردني دون غيره وهذا يؤكد المبدأ الدستوري الذي تضمنته المادة 102 سالفة الذكر .

وفي هذا المجال قضت محكمة التمييز الأردنية أنه "يستفاد من الفقرتين ج ، د من المادة (5) من قانون دعاوى الحكومة، أن دعوى الحصول على نقود أو تعويضات نشأت عن عقــد كانت الحكومة طرفًا فيه دعوى مسموعة ضدها ولا يلزم المدعي بتقديم كفالة"[3] .

1- تمييز حقوق رقم ٧٨/١٣٣،**مجلة نقابة المحامين** ١٩٨٧، ج٤،١٥٧. ص١٠١٢.
2 المادة الخامسة من قانون دعاوى الحكومة وتعديلاته رقم (٢٥) لسنة١٩٥٨ المنشور على الصفحة ٥٤٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ١٣٨٥ بتاريخ ١٩٥٨/٦/١
3 .قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/١٧٤١ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٥/١١/١٧، منشورات مركز عدالة .

وتم التأكيد على ذلك النهج الدستوري من خلال قانون تشكيل المحاكم النظامية وذلك في المادة الثانية منه، والتي نصت على أنه "تمارس المحاكم النظامية في المملكة حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية باستثناء المواد التي يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون أخر"[1] .

ووفقا للمادة السابقة فإن المحاكم النظامية داخل المملكة الأردنية الهاشمية هي صاحبة الاختصاص في نظر جميع المنازعات المتعلقة بجميع الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين؛ لأن النص جاء مطلقًا والمطلق يبقى على إطلاقه، إلا إذا كان هناك استثناء بموجب أي قانون أخر يجعل حق القضاء إلى محاكم دينيه أو محاكم خاصة، حيث جاءت المادة 27/1من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني تحتوي على نفس المضمون .

وقضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها أنه "يستفاد من نص المادة ١/٢٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية أن المحاكم النظامية في المحكمة الأردنية الهاشمية تمارس حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء لدى محاكم دينية، أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر؛ حيث إن المستدعي والمستدعى ضده أردنيا الجنسية فإن محاكم المحكمة الأردنية الهاشمية النظامية تختص بنظر النزاع القائم بينها وبغض النظر عن مكان إقامة المدعى عليه فيما إذا كان داخل الأردن أو خارجه "[2] .

والسؤال الذي يتبادر للأذهان في هذه الحالة هو ما مدى خضوع منازعات عقود الـ B.O.T في الأردن للقضاء الأجنبي، خاصة وأن الطرف الأخر المتعاقد مع الدولة عادة ما يكون شخصًا أجنبيًا أي لا يحمل الجنسية الأردنية ؟

ذكرنا سابقًا أن الدستور الأردني جعل القضاء الأردني هو صاحب الولاية العامة في نظر جميع المنازعات التي تنشأ على إقليم المملكة الأردنية الهاشمية، وعلى جميع الأشخاص في جميع المسائل المدنية والجزائية ومن ضمنها الدعاوي التي تقام على الحكومة أو التي تقيمها الحكومة وذلك يستخلص من نص الماد (102)من الدستور، وأيضا جاءت المادة 28من قانون أصول المحاكمات المدنية للنص بشكل أكثر تحديدًا؛ حيث نصت على أنه"تختص محاكم الأردن

٢. المادة الثانية من قانون المحاكم النظامية رقم (١٧)لسنة ٢٠٠١، المنشور على الصفحة١٣٠٨ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٠ بتاريخ ٢٠٠١/٣/١٨.

2" تمييز حقوق رقم، ٢٠١٢/٣٦٣٣ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١٢/١٢/١٢، منشورات مركز عدالة.

بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن وذلك في الأحوال الآتي:

١. .إذا كان له في الأردن موطن مختار .

٢. .إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو كانت متعلقة بالتزام نشا أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها، أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها.

٣. .إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الأردن [1] .

وعليه فإنه وفقا للنص الدستوري السابق والمادة (28)من قانون أصول المحاكمات المدنية، فان القضاء الأردني هو المختص المنازعات المتعلقة بعقد أل B.O.T حتى لو كان الطرف الأخر المتعاقد مع الإدارة شخصًا أجنبيًا إذا توافرت الشروط السابقة، ولو طبقنا الفقرة الثانية من المادة السابقة على العقد محل الدراسة لوجدنا أن عقد الـ B.O.T في الأردن يتعلق بمرفق عام موجود على الأراضي الأردنية ويكون العقد واجب التنفيذ في الأردن؛ لأن الإدارة لا تلجأ لذلك إلا لخدمة مصالح وطنية عليا ولتحسين الخدمات المقدمة للمواطنينٍ.

وتأسيسًا على ذلك فإنه إذا تم الاتفاق بين الأطراف في- عقد الـ B.O.T والتي تقام على أراضي المملكة الأردنية الهاشمية- على اختصاص القضاء الأجنبي للفصل في المنازعات الناشئة عنه فإن ذلك الاتفاق يعد باطلًا؛ لأنه يتنافى مع مبدأ السيادة التي تحافظ عليها جميع الأنظمة القانونية وهو بطلان متعلق بالنظام العام.

وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية أنه"من المقرر قانونا بمقتضى المادتين(٢٧ و٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية أن المحاكم الأردنية تختص بالفصل في الدعاوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنًا، أو إذا كان المدعى عليه الأجنبي ليس له محل إقامة في الأردن ولكن كان له مكان مختار أو كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجب التنفيذ فيها، أو كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل مختار في الأردن، فإذا توافرت هذِه الشروط فإن المحاكم الأردنية

---

1 تنص المادة (١٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني على أنه"الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة ومحل العمل هو المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة، أو يقوم على إدارة أمواله فيه، وبالنسبة للموظف والعامل هو المكان الذي يؤدي فيه عمله عادة، ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن أو أكثر من محل عمل وفي أحوال التعدد يتساوى الجميع، بالإضافة إلى أن المادة (١٩) من ذات القانون اشترطت أن يتم إثبات الموطن المختار كتابة.

تكون مختصة بنظر هذه الدعاوى ، وحيث أن الدعوى الماثلة أقيمت من قبل المدعيـــة بائعـــة البضاعة موضوع الاعتمادات المستندية ضد المدعى عليه مصرف الرشيد وهو البنـــك فـــاتح الاعتماد المستندي والذي هو مصرف عراقي، وأن موضوع هذه الدعوى يتعلق بـــالتزام نـــشأ ونفذته المميز ضدها في الأردن ويتعلق بأعمال طباعة لمصلحة وزارة التربية العراقيـــة ممـــا يجعل المحاكم الأردنية مختصة للنظر في هذه الدعوى [(1)]" .

وفي قرار أخر لها قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه"وبما أن عقود الـــ B.O.T المنفذة في الأردن هي عبارة عن التزام يقع على كاهل المستثمر القيام بتنفيذه فمن البديهي أن تخـــضع في منازعاتها لاختصاص القضاء الأردني" [(2)] .

يتبين لنا من القرارات السابقة أن الالتزام الناشئ عن العقد محل الدراسة في حال كـــان واجب التنفيذ داخل الأراضي الأردنية فإن القضاء الأردني هو المختص بنظر ما يتعلق به مـــن منازعات ولا يجوز للمستثمر الأجنبي التذرع بعدم اختصاص القضاء الوطني؛ لأن ذلك يتنافى مع مبدأ سيادة الدولة التي تحتم امتداد سلطانها القضائي داخل حدودها الوطنيـــة، ويلاحـــظ أن القضاء المختص بنظر المنازعات في عقود الـــ B.O.T هو القضاء العـــادي ولـــيس القـــضاء الإداري لكون قانون القضاء الإداري رقم (27) سنة 2014 ،لم يمد اختصاص القضاء الإداري لنظر منا زعات العقود الإداري .

ويتمنى الباحث أن تدخل منازعات العقد محل الدراسة ضمن اختصاص القضاء الإداري اسوةً بالتشريع الفرنسي والمصري لما لهذا الأمر جل الأهميـــة؛ لأنـــه يـــؤدي إلـــى خـــضوع المنازعات العقود الإدارية إلى قضاء متخصص يفهم طبيعة هذه العقود، ويراعي مـــسألة عـــدم تساوي بين الأطراف المتعاقدة، وأن الدولة هي الطرف الأقوى في العقد وتملك صـــلاحيات لا تكون متوفرة لأي طرف آخر في عقود القانون الخاص.

1تمييز حقوق رقم ٢٠١١/١٧٣٣ (هيئة خماسية) تاريخ ١٠/١٨/ ٢٠١١ منشورات مركز عدالة .
2تمييز حقوق رقم ٩٢/١٣٥٤ لسنة ١٩٩٥، الاجتهاد القضائي،الجزء الرابع،خلاد، يوسف خلاد،**الاجتهاد القضائي** ص ١٥٢.

المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق

إن القضاء الأردني هو صاحب الولاية العامة لنظر جميع المنازعات التي تنشأ عن العقد حتى لو كان الطرف الأخر المتعاقد مع الإدارة هو شخص أجنبي لأنّ اعتبارات السيادة تحتم ذلك ولأن عقود الــ B.O.T هي في الأغلب تتعلق بالتزامات نشأت أو كانت واجبة التنفيذ في الأردن.

ولكن يثار التساؤل التالي: ما هو موقف المشرّع الأردني لو أن أطراف العقد قد ضمنوه شرطًا يقضي بأن القانون الواجب التطبيق عند حدوث أي منازعه تتعلق بتنفيذه هو القانون أجنبي أي ليس القانون الأردني؟ وهل يمكن تطبيق قانون أجنبي على المنازعات المتعلقة بعقد الــ B.O.T وفقا للقانون الأردني؟ خاصة وأن نص المادة (20) من القانون المدني الأردني نصت على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الوطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ".[1]

يتبين لنا من المادة السابقة أن المشرع الأردني كقاعدة عامة أجاز تطبيق القانون الذي يتفق عليه الأطراف أي الذي يتم تعيينه في العقد على أنه القانون الواجب التطبيق في حال حدوث أي منازعة متعلقة بذلك العقد، أو الذي تم الاتفاق عليه لاحقًا بينهما بعد نشوب النزاع، وإذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف على ذلك القانون، فإنه يتم تطبيق القانون المشترك للمتعاقدين في حال اتحاد الموطن بينهما، أما إذا اختلف الموطن بين المتعاقدين فإن القانون واجب التطبيق هو قانون الدولة التي تم إبرام العقد فيها .

وهذا ما قررته محكمة التمييز في إحدى قراراتها حيث بينت أن القانون الواجب التطبيق على العقد عند عدم اتفاق الأطراف على القانون الذي سوف يحكمه، وعند عدم اتحاد المــوطن المشترك للمتعاقدين هو قانون محل إبرام العقد؛ لأنه الخيار الثالث حيث جاء فيه أنه "اســتقر الاجتهاد على أنه إذا تم توقيع عقد في الأردن فإن القانون الواجب التطبيق هو قــانون المملكــة الأردنية الهاشمية بمقتضى المادة (20) من القانون المدني...... ".(2)

1المادة (٢٠)/أ من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، المنشور على الصفحة رقم (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم(٢٦٤٥) بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.

2 تمييز حقوق رقم ١٩٩٥/٦٩٧ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩٩٥/٥/٢١، منشورات مركز عدالة.

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز أكدت على انه في حال اتحاد الموطن للمتعاقدين فإنه يجب تطبيق قانون الدولة التي ينتمي لها المتعاقدان؛ حيث قررت أنه"إذا كان كل من الشركتين المدعية والمدعى عليها شركتين أردنيتين مسجلتين في الأردن وموطنهما المشترك الأردن، فعليه ووفقًا لأحكام المادة (1\20) من القانون المدني يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة الموطن المشترك وهو القانون الأردني وليس القانون العراقي .... "[1] .

وتأسيسًا على ذلك فإنه في حال قمنا بتطبيق القواعد العامة سالفة الذكر على منازعات العقد محل الدراسة فإنه قد يؤدي إلى نتائج خطيرة وهي احتمال تطبيق قانون أجنبي؛ ليحكم النزاع المتعلق بعقد الـ B.OT خاصة إذا كان هذا العقد يتعلق بمصالح قومية وثروات طبيعية يعتمد عليها الدخل القومي للأردن، فهل قبل المشرع الأردني المجازفة بذلك وظل مكتوف الأيدي حيال ذلك الأمر ؟

تكمن الإجابة على ذلك التساؤل في نص الفقرة الثانية من المادة (20) من القانون المدني الأردني التي جاء فيها "إن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن ذلك العقار".

وعليه فإنه وفقا للفقرة السابقة فإن عقد الـ B.OT الذي يتعلق بمرفق عام مقام على الأراضي الأردنية، يكون القانون الأردني هو القانون واجب التطبيق على جميع المنازعات المتعلقة به، حيث أوجب المشرع خضوع العقود المتعلقة بالعقارات لقانون موقع العقار أي القانون الأردني.

وفي حال اتفق أطراف العقد على خضوع المنازعات المتعلقة بهذا العقد المتعلقة بمرفق عام، أو مشروع داخل الأردن على أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي وليس القانون الأردني، فان ذلك الاتفاق يعد باطلًا ويتعلق بالنظام العام وهي مظهر من مظاهر سيادة الدولة ولا يجوز مخالفتها بأي شكل من الأشكال، وأيضًا جاءت الفقرة السابقة تتماشى مع قاعدة قانونية عامه هي أن قانون موقع العقار هو واجب التطبيق على جميع العقود المتعلقة بهذا العقار؛ لأنها الأقدر والأكثر فاعليه على تفهم البيئة المحيطة بذلك العقار ويكون فوائدة القانونية تتناسب أكثر مع ذلك من أي قانون آخر.

1" قرار محكمة التمييز الأردنية، (حقوق)، رقم ٢٠١٣/٤٠٢٥،(هيئة عادية)، تاريخ ٢٠١٤ /٤/٦ منشورات مركز عدالة.

نستخلص من ذلك أن القضاء الأردني هو القضاء المختص بنظر المنازعات المتعلقة بعقد الـ B.O.T وفقًا لنص المادة (102) من الدستور الأردني ووفقًا للتشريعات التي سبق الإشارة إليها وهي قانون تشكيل المحاكم النظامية لسنة 2001 وقانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية رقم (24) لسنة1988، ولا يجوز لأي قضاء آخر أن يبسط اختصاصه على جميع المنازعات المتعلقة بهذا العقد والتي تكون داخل المملكة الأردنية الهاشمية، وأيضًا أن القانون الأردني هو القانون واجب التطبيق على جميع المنازعات المتعلقة بعقد الـ B.OT المتعلق بمشاريع مقامه في الأراضي الأردنية وفقًا لنص المادة 20/2من القانون المدني الأردني، وترسيخًا لمبدأ قانوني عام في أغلب التشريعات القانونية وأيضًا تنفيذا لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها الجغرافي،إلا أننا نتمنى على المشرع الأردني أن يعدل نصوص قانون القضاء الإداري ليشمل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية؛ أسوةً بالتشريعين الفرنسي والمصري ومراعاة للطبيعة الخاصة للعقود الإدارية التي تختلف عند عقود القانون الخاص.

الفصل الثاني

التسوية غير القضائية لمنازعات عقود البناء والاستغلال والتسليم الــ B.O.T

يميل أغلب المتعاقدين في عقود الــ B.O.Tإلى اللجوء إلى لوسائل غير قضائية لتسوية المنازعات التي تدور بينهم، خاصة الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة أو الإدارة؛ لأن المستثمر الأجنبي لا تتوافر لدية الثقة الكبيرة في القضاء الوطني للدولة، بالإضافة إلى رغبته بإنهاء الخلافات بأقل وقت ممكن وبما يحقق له العدالة الكافية وهذا ما دفعة إلى الاتفاق مع الدولة حول إمكانية حل النزاع الذي يثار مستقبلًا من خلال وسائل غير قضائية، ناهيك عن المدة الزمنية الطويلة التي غالبًا ما تكون في هذا النوع من العقود؛ لأن المستثمر يعول كثيرًا على هذه المدة الزمنية الطويلة ليتمكن من استرداد ما أنفقه لإنشاء ذلك المشروع، وفي ذات الوقت تحقيق الربح لأنه يهدف بهذا النوع من العقود إلى تحقيق الربح المادي، وبالمقابل قامت اغلب الدول بالنص من خلال تشريعاتها الوطنية على إجازة هذا النوع من الوسائل لحل المنازعات التي تنشا بين أطراف العقد؛ رغبة منها في تشجيع الاستثمار خاصة الدول النامية ولتوفير ضمانات أكثر للمستثمرين وترغيبهم بإقامة مشاريع متنوعة في هذه الدول، بالإضافة إلى أن بقاء هذا النزاع مدة طويلة قد يؤثر على المصلحة العامة؛ لأن هذه المشاريع تلجأ لها الدولة لإنشاء مرافق عامة أو مشاريع بنية أساسية وبالتالي من مصلحة الدولة أيضا إنهاء الخلافات بأسرع وقت.

وتتميز هذه الوسائل غير القضائية في أنها تهدف إلى الوصول إلى الحلول المناسبة لكلا المتعاقدين وبما يحقق الرضا لكل منهما بعيدًا عن الإجراءات القضائية المعقدة وتركز هذه الوسائل باستثناء التحكيم على دراسة الجوانب الموضوعية للخلاف وليس الجوانب القانونية له ولا يتم اللجوء عادة إلى التحكيم إلا بعد استنفاذ هذه الوسائل؛ لأن قرار التحكيم له قوة إلزامية بخلاف القرارات الصادرة عن الوسائل غير القضائية الأخرى .

كما يلاحظ بأن وسائل التسوية غير القضائية متنوعة، ومنها على سبيل المثال لا الحصر المفاوضات [1]والتوفيق[2] والوساطة[3] والمحاكم المصغرة [4]وأخيرا التحكيم سواء كان تحكيم

---

1 التفاوض : هو الحوار الذي يتم بين طرفين أو أكثر ويكون حول موضوع معين ويهدف إلى الوصول إلى اتفاق بين هؤلاء المفاوضين ويؤدي إلى تحقيق مصلحة كل طرف من الأطراف بالقدر الممكن . الحبشي، مصطفى عبد المحسن، **التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية**(٢٠٠٨)، مصر،المحلة: دار الكتب القانونية ، ويختلف التفاوض عن التحكيم في أن التفاوض يتم مباشرة بين الأطراف المتنازعة أو من خلال وكلائهم ولا يوجد طرف ثالث بين المفاوضين، أما التحكيم فيتم من خلال اللجوء إلى طرف ثالث توكل آلية مهمة إنهاء وحل النزاع القائم بينهما، سيف،عبيدة شحادة عبيد(٢٠١٠) ،**تسوية المنازعات في عقود البنية الأساسية التي يمولها القطاع الخاص**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق،، ص٧٠، للمزيد راجع : العنزي،رشيد (٢٠٠١)**القانون الدولي العام**،(ط٢)،بدون دار نشر ص٤١٧، وأيضًا راجع: .صباريني، غازي حسن(٢٠٠٤)،**الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام**، (ط١)،الإصدار الأول، عمان :دار الثقافة للنشر= =ص٣٦وما بعدها، وأيضًا : الحيارى،ماجد أحمد عبد الرحيم(٢٠١٤)، **الآثار الناجمة عن إبرام عقد المقاولة الإنشائية فيديك وطرق تسوية المنازعات الناشئة عنها،(دراسة مقارنة) بين القانونين الأردني والمصري**، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع،، ص٣٩٦.

2 التوفيق: هو الاتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر من أجل حسم النزاع بينهما بطريقة ودية. شحاده عيد،،**تسوية المنازعات في عقود البنية الأساسية التي يمولها القطاع الخاص** ،مرجع سابق، ص ٨٧. حيث يقوم الموفق ببحث النزاع القائم بين الأطراف ويضع حلا مقترحًا لهم من خلال استرشاده بمبادئ العدالة والأنصاف حيث تجري إجراءات التوفيق من خلال أجواء توافقية ويكون لكلا الأطراف الحرية في القبول اقتراحات الموفق أو رفضها وكلما كان الموفق على خبره ودراية في موضوع النزاع وتتوافر فيه القدر الكافي من المصداقية كلما كان قراره التوفيقي يلقى قبولا لدى الأطراف راجع: : شرف الدين،أحمد(٢٠٠٥)، **تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية (نماذج عقود الفيديك)**،(ط٢)،دار النسر الذهبي للطباعة، ،ص٦٦. ويختلف التوقيف عن التحكيم في أن التحكيم يؤدي إلى الفصل في النزاع أما التوفيق فيقوم على تقديم اقتراحات للأطراف للتوصل إلى تسوية النزاع بينهم بطريقه ودية . الحبشي، (٢٠٠٨)،مرجع سابق، ص٤٧٨.

3 الوساطة : وهي عندما يقوم طرف ثالث هو الوسيط بتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة سواء من تلقاء نفسه أو عندما يطلب منة ذلك من قبل الأطراف حيث يهدف الوسيط بعملة هذا حث الأطراف على التفاوض لإنهاء النزاع أو الدعوى إلى استئنافه في حال أنه تم انقطاعها ويقوم بتقديم حلول لإنهاء ذلك النزاع ولا يجبر أي طرف على قبول هذه الحلول التي يقدمها. العنزي، رشيد، **القانون الدولي العام**،مرجع سابق، ص٤١٨ .انظر كذلك : علوان، عبد الكريم(٢٠٠٦)، **الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثاني، القانون الدولي المعاصر**،(ط١)، الإصدار الثاني عمان :دار الثقافة للنشر،ص١٨٥وما بعدها.

4 المحاكم المصغرة : يقصد بالمحاكم المصغرة بأنها" أسلوب من الأساليب البديلة لتسوية النزاعات وهي محكمة تنفيذية وليس قضائية " . الرشيدات، ممدوح محمد(٢٠٠٤)،**الأوامر التغيرية في عقد المقاولة، دراسة مقارنة في كل من القانونين الأردني والمصري وشروط عقد المقاولة فيديك**، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية قسم البحوث والدراسات القانونية والدراسات العربية،جامعة الدول العربية للتربية والثقافة والعلوم، القاهرة،ص١١. وهناك تطبيق لهذا الأسلوب في العديد من دول العالم ومنها الولايات المتحدة الأمريكية وتتم من خلال اختيار اثنان من كبار التنفيذيين يكون كل واحد منهم ممثلا لطرف من أطراف النزاع وتكون مهمتهم أيجاد نقاط القوة والضعف من خلال جلسات تبادل المعلومات التي تتم من خلال الاستماع لمدة يوم أو يومين ويعقب هذه العملية مفاوضات بين أطراف النزاع ويمكن ان يتدخل الطرف الثالث ويصدر رأيا غير ملزم إلا أنه قد يلقى رضا من قبل الأطراف . د .السعيد، منصور(٢٠٠٥)،**عقود البناء التشغيل ونقل الملكية طبقا لنظام ال B.O.T ومدى تسوية المنازعات الناشئة عنها**، بحث منشور في الجزء الثاني من الإصدار الخاص بمؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية الأبعاد القانونية ٨-٩ مارس ، مطبوعات جامعة الكويت كلية الحقوق ص٦٧٨.. نستخلص من تلك الوسائل غير القضائية السابقة إنها وسائل ودية وأنها متعددة ولا نستطيع حصرها لأنها منبثقة من مجموعة قوانين أو من مبادئ العدالة والأنصاف ولا يكون لها صفة إلزامية إلا إذا رضي بها الأطراف وهي تهدف جميعها إلى التقريب في وجهات النظر واقتراح حلول يمكن أن تؤدي إلى إنهاء النزاع القائم بشكل إلزامي حيث يتفق الأطراف أحيانًا يتم الاتفاق على إتباع إجراءات معينة لتسوية ذلك النزاع، وإذا لم تستطع تلك الوسائل

داخلي أو دولي وسوف نتناول موضوع التحكيم بشيء من التفصيل؛ نظرا لأهميته عن باقي الوسائل غير القضائية خاصة عند المقارنة مع الأنظمة القانونية للدول محل الدراسة، وذلك على النحو التالي :

- **المبحث الأول: تحكيم المنازعات المتعلقة بعقود البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T في القانون المقارن.**
- **المبحث الثاني :تحكيم المنازعات المتعلقة بعقود البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T في القانون الأردني.**
- **المبحث الثالث :تحكيم عقود البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T وفقا لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها المبرمة في نيويورك ١٩٥٨ .**

انتهاء النزاع فيتم اللجوء إلى التحكيم باعتباره وسيلة ناجحة لتسوية تلك المنازعات خاصة في العقد محل الدراسة وفي نهاية المطاف قد يلجأ الأطراف إلى القضاء إذا لم يتم التسوية ذلك النزاع من خلال التحكيم

المبحث الأول

تحكيم المنازعات المتعلقة بعقود البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T في القانون المقارن.

يمكن أن يتم فض المنازعات التي تنشا عند تنفيذ العقد بين طرفيه دون اللجوء للقضاء حيث يعتبر التحكيم [1] وسيلة فاعلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الــ B.O.T من خلال ما يوفره للأطراف من سرعة في إنهاء النزاع القائم بينهم، وهو من الوسائل غير القضائية لتسوية المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بشكل عام وعقود الـــ B.O.T بشكل خاص، وقد تعددت التعريفات الفقهية حول التحكيم فالبعض يرى بأنة"عبارة عن إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناءً عليها المنازعات من جهات القضاء المعتادة لتحل أو تحسم ويتم الفصل والبت فيها بواسطة أفراد يخولوا أو يمنحوا أو يقلدوا مهمة القضاء و الفصل فيها" (2).

وعرفه البعض الأخر على أنه "مكنه قررها القانون لأفراد ويخول بها الاتفاق على إحالة ما بينهم من منازعات بخصوص تنفيذ عقد معين، أو على إحالة النزاع نشأ بينهم بالفعل إلى واحد أو أكثر من الأفراد ويطلق عليهم محكمون؛ ليفصلوا في النزاع المذكور من السلطة المختصة أصلا بنظر النزاع" [3].

وينبغي القول إننا أصبحنا نرى العديد من عقود الـــ B.O.T تتضمن التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عنها، ومثال ذلك ما نصت عليه اتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة علياء الدولي من أن "أي منازعات لا تحل بالطرق السلمية خلال ثلاثين يومًا بعد استلام أي من

1ينقسم التحكيم إلى عدة أقسام حسب الزاوية الذي ينظر إليه منها،فهو من حيث الأطراف ينقسم إلى تحكيم محلي ودولي فالتحكيم المحلي هو الذي يتعلق بعقود الإدارة الداخلية، أما التحكيم الدولي فهو الذي يتعلق بعقود الإدارة الدولية، أما من حيث نطاق التحكيم فهو ينقسم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي، فالتحكيم الداخلي يكون هنا إذا كان موضوع النزاع يتعلق بأمور داخلية (محلية)، ما التحكيم الدولي (خارجي) إذا كان نطاق ذلك النزاع يتعدى حدود الدولة .د شفيق،جورجي، **التحكيم مدى جواز اللجوء إليه في العقود الإدارية**،ط ٩٩،،ص٢٤ وما بعدها، وأيضًا ينقسم التحكيم من حيث موضوعه إلى تحكيم تجاري،وتحكيم مصرفي،وتحكيم مدني وتحكيم ضريبي، وتحكيم عمالي، وتحكيم في وسائل الأحوال الشخصية وتحكيم إداري ،راجع: .المنشاوي، عبد الحميد،**التحكيم الدولي الداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤**، الإسكندرية :منشاة المعارف ، ط ١٩٩٥ .

2 Jean Robert Larbitage,droit interne>Droit international prive,Dollaz,paris 6 edition, 1993,p3.

3. شرف الدين،احمد (٢٠٠٧)،**قواعد التحكيم**، القاهرة : ناس للطباعة، ص ١٠.

الأطراف طلب خطي لعمل شيء يستطيع أي من طرفي العقد التقدم بطلب للتحكيم في النزاع والفصل فيه وتطبيق أحكام القانون الأردني وفق قواعد منظمة UNCTRAL[1] للتحكيم، كما أن قرار التحكيم والفصل فيه هو نهائي ، لا يستأنف ولا ينقض من أي من الطرفين" [2].

أما التحكيم في عقد الـــ B.O.T فقد عرفه بعض الفقه على أنه "اتفاق أطراف اتفاقية المشروع أو عقد الالتزام في مشروع الـــ B.O.T وهما جهة الإدارة وشركة المشروع أو المستثمر –شخص طبيعي أو معنوي،وطني أو أجنبي – من جهة ثانية على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو التي يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة تنفيذ اتفاقية المشروع أو عقد الالتزام".[3].

ويتميز التحكيم بالعديد من المزايا أدت إلى ازدياد الإقبال عليه وإدراجه في العديد من العقود كوسيلة لتسوية المنازعات المتعلق بها؛ لأنه يتسم بقدر كبير من المرونة والسرعة في الفصل في المنازعات؛ لأن المحكمين ملتزمين بمدة زمنية محددة يجب خلالها إصدار حكمهم بخصوص المنازعة أو القرار الذي يتوصلوا إلية وذلك على خلاف القضاء الرسمي الذي يتسم بطول الفترة الزمنية بالمقارنة مع مدة التحكيم بالإضافة إلى توفير الوقت والجهد والمال؛ لأن القضاء غالبًا ما يحتاج إلى مبالغ مالية كبير مثل الرسوم القضائية وأتعاب المحاماة، ناهيك عن طول أمد التقاضي الذي سبق وأن أشرنا إلية خاصة وأن درجات التقاضي تتطلب رسوم جديدة في كل درجة [4].

ومما تجدر الإشارة إليه إن موقف الفقه جاء متباينا حول جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقود الـــ B.O.T بشكل خاص، من خلال تأييد جانب من الفقه إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، ومنها عقود الـــ B.O.T استنادًا مجموعة حجج وأسانيد، ومنها أنه لا يوجد نص تشريعي يحظر اللجوء إلى تحكيم في العقود الإدارية [5].

---

1 هي هيئة قضائية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد على ٤٠ سنة وتتمثل مهمة الاونيسترال في عصرنة وموائمة القواعد المتعلقة بالاعمال التجارية .للمزيد حول هذه الهيئة راجع

www.uncitral.org مرجع سابق

2 المادة ٢\١١٩ من اتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة علياء، مشار إليها في الحمود،وضاح،مرجع سابق،ص٢٨٦.

3 يمامه،عبد السند حسن(٢٠٠٠)،**نظام البوت وفقًا لأحكام التشريع المصري**،(ط١)،ص ١٣٤.

(4) شفيق،جورجي، **التحكيم مدى جواز اللجوء إليه في العقود الإدارية**،مرجع سابق،ص ٧١+٧٢.

5) خليفة،عبد العزيز(٢٠٠٨)،**الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية**، القاهرة: دار الكتاب الحديث، ص٣٨٠.

أما الجانب المعارض لتحكيم في العقود الإدارية فقد استند إلى أن التحكيم في العقود الإدارية يؤدي إلى نزع اختصاص القضاء الوطني على هذا النوع من العقود الأمر الذي يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة، من خلال السماح بتطبيق قانون أجنبي داخل الدولة [1] .

ويؤيد الباحث اللجوء إلى التحكيم في عقد الـــ B.O.T؛ لأن الدولة تهدف من وراء هذا العقد تحقيق التنمية الاقتصادية، ورفع مستوى الخدمات المقدمة للمواطنين من خلال تطوير وإنشاء مشاريع البنية التحتية، ويمثل تضمين العقد محل الدراسة شرط التحكيم بث الطمأنينة لدى المستثمر وزيادة إقباله على الاستثمار في الدول التي تجيز تشريعاتها اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من العقود، بالإضافة إلى أن أغلب التشريعات تحتفظ بحق الرقابة القضائية على أعمال هيئات التحكيم هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الدولة تستطيع منذ البداية التعاقد مع المستثمر اشتراط تطبيق قانونها الوطني على أي نزاع ممكن أن يثور حول هذه العقود.

وعليه ولمعالجة هذا المبحث فقد تم تقسيمه إلى مطلبين: خصص المطلب الأول لتحكيم عقود الـــ B.O.T في القانون الفرنسي بينما المطلب الثاني لتحكيم عقود الـــ B.O.T في القانون المصري.

المطلب الأول: تحكيم عقود البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T في القانون الفرنسي.

إن عقود الـــ B.O.T تندرج ضمن طائفة العقود الإدارية والتشريع الفرنسي هو المنهل الذي استمدت منه أغلب التشريعات المقارنة، وعلى أساسها اتضحت معايير العقد الإداري مما له من مهمات واضحة في إرساء قواعد ومعايير القانون الإداري ممثلة بأهم جوانبها نظرية العقد الإداري، ولما كان للتشريع الفرنسي هذا الدور الكبير فنجد لزامًا لإبراز أهداف هذه الدراسة أن نبين موقف التشريع الفرنسي من مسألة جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ومنها عقد الــB.O.T ، وعليه فإن الناظر إلى موقف التشريع الفرنسي من ذلك يجده قد مر بعدة مراحل سوف نتناولها من خلال فرعين الأول يتعلق بمرحله الحظر المطلق للحكم في العقود الإدارية،والفرع الثاني لمرحلة التخفيف من حده ذلك الحظر على النحو التالي:

1عكاشة،حمدي ياسين(١٩٨٨)،العقود الإدارية في التطبيق العملي ،المبادئ والأسس العامة الإسكندرية منشأة المعارف ص ٢١٠ .

الفرع الأول: مرحلة الحظر المطلق للتحكيم في العقود الإدارية

تبنى المشرع الفرنسي بالبداية موقفا صارمًا بخصوص جواز التحكيم في العقود الإدارية، من خلال حظر ذلك واعتبار ذلك الحظر متعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفته بأي حال من الأحوال، ويتجلى ذلك الحظر في نص المادة ١٠٠٤\٨٣ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي أصبحت المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الحديث التي نصت على أنه"لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم ....، وكذلك في شأن منازعات الجماعات العامة والمؤسسات العامة وبوجه عام في كل الموضوعات المتعلقة بالنظام العام" حيث كان نطاق ذلك الحضر عامًا وشاملًا بحيث أنه يتعلق بجميع العقود التي تبرمها الإدارة حتى لو نزلت الإدارة منزلة الأفراد وتعاقدت معهم بوصفها شخصًا عاديًا لا يملك أي سلطات استثنائية أي سواء تعلق الأمر بالعقود التي تختص بها المحاكم المدنية أم القضاء الإداري"[١].

وباستعراض الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي يتبين لنا عدم أخذه بمعيار واحد لتأكيد مبدأ الحظر المطلق للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فأحيانا يأخذ بالمعيار العضوي مستندا في ذلك إلى النصوص التشريعية التي نصت على حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وأحيانا أخرى يستند إلى معيار موضوعي من خلال النظر إلى طبيعة النزاع في حال أنه من النزاعات التي تدخل من ضمن اختصاص مجلس الدولة أم لا.

ومما يدل على أخذ المجلس بالمعيار العضوي الحكم الصادر في قضية S.N.VS بتاريخ ١٧ديسمبر عام ١٩٥٧[٢] ،فهو يدل على الموقف الحازم الذي اتخذه مجلس الدولة حول حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم حيث قضى بان " (....) وحيث إن الشركة الوطنية

---

1 نصار،جابر جاد، **التحكيم في العقود الإدارية** ، مرجع سابق،ص ٤١.

2 تتلخص وقائع هذه القضية أنه في عام ١٩٤٧ باعت الشركة الوطنية لبيع المخلفات S.N.V.S مجموعة أنابيب إلى الشركة العامة للعبور والنقل G.G.T.T. ولكن على أثر الصعوبات التي واجهت تنفيذ هذا العقد قامت الشركة الوطنية لبيع المخلفات – بدون إجراءات سابقة– ببيع نفس كمية الأنابيب إلى إحدى الشركات الأمريكية بسعر أعلى من السعر الذي سبق أن اتفقت عليه مع الشركة العامة للعبور والنقل ،وعلى أثر الشكاوى المتكررة من الشركة الأمريكية نتيجة نجاح الشركة العامة للعبور والنقل في تجميد البضاعة المباعة لها في ميناء Anvers،تم الاتفاق بين الشكة الوطنية لبيع المخلفات والشركة العامة للعبور والنقل على الالتجاء للتحكيم لحل النزاع القائم بينهما تطبيقًا لنص المادة ١٠ من مرسوم ١٥ من أكتوبر عام ١٩٤٦ والذي سمح لمجلس إدارة الشركة الوطنية لبيع المخلفات بأن يعطي لرئيس مجلس الإدارة السلطة في إبرام اتفاق تحكيم باسم الشركة ،وبالفعل تم عرض النزاع على هيئة التحكيم بموجب نص المادة سالف الذكر ،وقد انتهت الهيئة إلى إلزام الشركة الوطنية لبيع المخلفات بأن تدفع إلى الشركة العامة للعبور والنقل تعويضًا وقدره ٦٥٠٠٠٠ دولار ، وأثناء تقديم طلب تنفيذ الحكم أمام محكمة السين المدنية ،دفعت الشركة الوطنية لبيع المخلفات بعد أهليتها باللجوء إلى التحكيم تأسيسًا على عدم أهلية المؤسسات العامة في إبرام اتفاقيات التحكيم تطبيقًا لنص المادتين ١٠٠٤/٨٣ من قانون الإجراءات المدنية القديم ،حيث انتهت محكمة السين إلى قبول الدفع المبدي من الشركة الوطنية لبيع المخلفات وقضت ببطلان اتفاق التحكيم.

لبيع المخلفات قد أنشئت بموجب المادة الأولى من قانون ٢٤ من أغسطس عام ١٩٤٦ تحت شكل المؤسسات العامة؛ وحيث إنه وفقًا لنص المادتين ٨٣،١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية ،فإنه لا يمكن للمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم إلا بمقتضى نص قانوني يبيح لها ذلك، وحيث إنه لا القانون السابق ولا أي أحكام أخرى قد أعطت الحق للشركة الوطنية لبيع المخلفات بأن تلجأ إلى التحكيم، وإذا كانت هذه الشركة تأخذ شكل المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري، إلا أن ذلك لا يعني إنها تخرج من شكل المؤسسات العامة، وبالتالي يسري عليها ذات الحظر المقرر بالنسبة لهذه المؤسسات "[١].

أما بخصوص المعيار الموضوعي الذي يتبناه مجلس الدولة لحضر التحكيم في العقود الإدارية فيتجلى من خلال الحكم الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ ١٩٨٩/٣/٣ [٢] ، والمتعلق بإبطال شرط تحكيم تم النص عليه في عقد الأشغال العامة المبرم بين شركة(A.R.E.A) ومجموعة مؤسسات (I.S.A) حيث استندت إلى نص المادة (٢٠٦١) من القانون المدني والتي جاء فيها" شرط تحكيم يكون باطلا إذا أبرم على خلاف أحكام القانون" وقضى بأن شرط التحكيم باطلًا إلا إذا نص التشريع على غير ذلك ولأنه لا يوجد نص تشريعي يعطي الموقعين على عقد الأشغال العامة التصريح للاتفاق على اللجوء إلى التحكيم فان الشرط يعتبر باطلًا [٣].

ويلاحظ أن القضاء العادي الفرنسي وبعض الفقه كانت لهم نظره أخرى حول ذلك الأمر حيث يرون أن النصوص التي حظرت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية كانت تتعلق بالعقود الإدارية الداخلية وليس العقود الإدارية التي تبرمها المؤسسات العامة وتكون تتعلق بالتجارة الدولية سيما وأن أغلب هذه العقود عقودًا نموذجيه تنطوي على شرط التحكم [٤].

1C.E, 13 decembre, ste Nationale de Vente des Surplus,Rec.,677, D.1958.,P.517.

2 تتلخص وقائع هذه القضية في أنه وبتاريخ ١٩٧١/٤/٥ منحت الدولة الفرنسية إلى شركة الطرق السريعة لإقليم A.R.E.A)Rhone –Alpes) حيث ابرمت هذه الشركة عقدًا مع مجموعة مؤسسات I.S.A حيث نصت إحدى بنود الاتفاقية على إحالة النزاع للتحكيم وعندا ثار النزاع بعد ذلك حيث عرض النزاع على هيئة التحكيم طعن بالحكم الصادر عنها ثم طعن بذلك أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي أبطل حكم هيئة التحكيم بتاريخ ١٨ يوليو عام ١٩٨٦.

3 C.E, 3mars 1989, cte des Autoroutes de la Region Rhone-Albes c\ G.I.E I.S.A., Rev.arb. 1989., p.215.note D. Fousserd, p.167, Res., p.69., concl. E.Gullaume.

انظر: :يوسف،وليد محمد عباس ، **الوجيز في القانون الدول الخاص** ،مرجع سابق ،ص ٢١٠.

4عكاشة حمدي ،**العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة** ،بدون تحديد طبعة، ص١٣٣،وأيضا :نصار ،جابر جاد ،**التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة**، القاهرة: دار النهضة العربية،٣٢ شارع عبد الخالق ثروت، ص ٤٢.

ومما يؤكد موقف القضاء العادي الفرنسي والاتجاه سالف الذكر الحكم الشهير المتعلق بدعوى التعويض على قبطان سفينة(SAN CARLO) ، حيث استند على هذا الحكم الكثير من الفقهاء الفرنسيين للتأكيد على أن حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية لا ينطوي إلا على العقود الإدارية الداخلية دون الدولية، وتتلخص وقائع ذلك الحكم بقيام إحدى المؤسسات العامة الفرنسية وهي مؤسسة (O.N.I.C) برفع دعوى تعويض على قبطان السفينة المذكورة بسبب الأضرار التي لحقت بالبضاعة العائدة لها عند قيام السفينة بنقل البضاعة من أثيوبيا إلى فرنسا، حيث قام صاحب السفينة بالدفع بعدم اختصاص المحاكم الفرنسية بنظر هذه الدعوى؛ لأنه بينه وبين الشركة وثيقة موقع عليها من قبل الطرفين تقضي بخضوع المنازعات الناشئة عن ذلك العقد للتحكيم طبقا لأحكام القانون الايطالي في جنوه، حيث قضت محكمة Aix-en provence بتاريخ ١٩٥٩/٥/١٥ بعدم اختصاصها؛ لأن ذلك العقد من العقود الدولية لا يخضع للحظر الوارد في المادتين (١٠٠٤/٨٣) من القانون المرافقات لأن ذلك الحظر من شانه أن يضر بمصالح البلاد فيما يتعلق بمسائل التجارة الدولية، وأيدت محكمة النقض الفرنسية ذلك الاتجاه في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٦٤\٤\١٤ [1].

نستخلص من الأحكام السابقة الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي أنه اتخذ موقفا صارمًا يتمثل في عدم جواز الحكم في العقود الإدارية من خلال مسألة الحظر الوارد على أهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة مبدأ من المبادئ العامة للقانون الفرنسي، ولا يستطيع القاضي الإداري إلا تطبيق ذلك المبدأ العام الذي يستند إلى العديد من الأسس القانونية والمبادئ العامة، مثل مبدأ الفصل بين السلطات الذي يقوم على تحديد اختصاص كل سلطه من السلطات العامة في الدولة، ومن هذه السلطات السلطة القضائية حيث يعتبر مجلس الدولة الفرنسي أحد أركانها ولا يجوز التعدي على اختصاصاته ومنها منازعات العقود الإدارية، وأنه في حال السماح للأشخاص المعنوية أو الاعتبارية العامة صلاحية اللجوء إلى التحكيم فان ذلك يعتبر تعديًا على اختصاصات مجلس الدولة، من خلال إعطاء الحق لهيئات التحكيم بالفصل في المنازعات التي تدخل ضمن اختصاصها حيث يؤكد الفقيه (Laterriere) على ذلك من خلال طرحه التساؤل

---

1 Aix-en provence.5 Mai 1959.O.N.I.C –capitaine S.S San Carlo,Revue trimesirielle de droit commericial,1959 P-857 note Boitard

مشار إليه : نصار ،جابر جاد (٢٠٠١) ،مرجع سابق ،ص٤٢.وأيضا : العصار، يسري محمد ،**التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية**، القاهرة :دار النهضة العربية، ،ص ١١٠.

التالي: كيف يجوز للدولة قبول محكمين في قضاياها في حين أنه لا يسمح لها بقبول قضاه مدنيين لنظر هذه القضايا ؟[١]

ولكن التساؤل الذي يثار حول طبيعة البطلان المترتب على اتفاقات التحكيم التي قام أشخاص القانون العام الفرنسي بإبرامها هل هو بطلان مطلق أم بطلان نسبي ؟

يرى أحد الفقهاء أن ذلك البطلان يعتبر بطلانًا مطلقًا يتعلق بالنظام العام الفرنسي، ويجوز لكل طرف من الأطراف الخاضعة لذلك التحكيم التمسك به في أي مرحله من مراحل التحكيم، ويجوز للقاضي الفرنسي أن يحكم به من تلقاء نفسه دون إثارة ذلك الدفع من قبل المحتكمين سواء كان اتفاق التحكيم بصوره شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم[٢] وأن الحكم الذي يصدر بناءً على ذلك الاتفاق باطلًا [٣].

خلاصة القول إن الأحكام الصادرة عن القضاء العادي الفرنسي أقل تجاوبًا مع القاعدة العامة التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي بخصوص الحظر المطلق للتحكيم في العقود الإدارية؛ حيث أوجد لنفسه المخارج التي تساعد في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها المؤسسات العامة وتكون مع أطراف أجنبية وتهدف إلى مواكبة حركة التجارة العالمية وتشجيع الاستثمار .

الفرع الثاني: مرحلة التخفيف من حدة الحظر المطلق للتحكيم في العقود الإدارية

لاحظنا فيما سبق أن مجلس الدولة الفرنسي أرسى قاعدة عامة هي حظر التحكيم في العقود الإدارية؛ حيث أقر في العديد من أحكامه بطلان الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بشتى الصور سواء كانت من خلال شرط تحكيم أو من خلال مشارطة التحكيم، إلا أن المشرع الفرنسي قد خرج عن تلك القاعدة العامة من خلال العديد من التشريعات التي تعلقت بجواز التحكيم في بعض العقود الإدارية وفي العقود الدولية وهي قانون ١٧ ابريل ١٩٠٦ المتعلق بجواز التحكيم في بعض العقود الإدارية سوف نتناول أولًا ثم قانون ١٩ اغطس ١٩٨٦ المتعلق بجواز التحكيم في عقود الدولة سنتناوله ثانيا.

---

1 د.ساري ، جورج شفيق ،التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه ،مرجع سابق ،ص ١٠٨.

2 يقصد بشرط التحكيم :هو أن يوجد بند أو شرط في العقد الاصلي وبمقتضاه يتفق طرفا النزاع على اللجوء إلى التحكيم لفض ذلك النزاع الذي ممكن ان يثور مستقبلًا ، أما مشارطة التحكيم فهي: الاتفاق المستقل عن العقد الأصلي الذي بموجبه يتفق أطراف ناع قائم بالفعل على عرضه وحله بطريق التحكيم مزيد حول ذلك راجع:عبد القادر،ناريمان (١٩٩٦)،اتفاق التحكيم ،ط(١)، القاهرة:دارالنهضة العربية ص٤٦.

3 JEAN-VINCENT:procedure civile.Dix-hutieme edition.1976.p.21 et s.n.185 et s.

أولا: قانون ١٩٠٦/٤/١٧ المتعلق بجواز التحكيم في بعض العقود الإدارية .

نصت المادة (٦٩) من هذا القانون السابق على جواز التحكيم لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد حيث يرى بعض الفقه –وبحق– أن نص المادة (٦٩)من هذا القانون جاءت مؤكدة على ثلاث حقائق يجب إعمالها وهي على النحو الآتي: [١]

١. إن هذا القانون أجاز اللجوء إلى التحكيم لتصفية نفقات بعض أنواع العقود الإدارية وهي محددة على سبيل الحصر، وهي عقود الأشغال العامة وعقود التوريد ولا تشمل أي منازعات تتعلق بتصفية نفقات أي عقد إداري أخر .

٢. إنه أجاز التحكيم في المنازعات التي تتعلق بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة وعقود التوريد ولا يتعداها لتشمل أي منازعات أخرى تتعلق بهذه العقود .

٣. تم تضييق نطاق هذا القانون بعقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة والبلديات والمحليات (البلديات)؛ حيث اعتبر مجلس الدولة ذلك التعداد على سبيل الحصر ولا يشمل المشروع العام .

وفيما يتعلق بشروط تطبيق ذلك القانون فقد اشترط المشرع عدة شروط وهي:

أ- أن يتم اللجوء إليه من خلال مشارطة تحكيم وليس من خلال شرط تحكيم، حيث لا يجوز أن يتم الاتفاق مسبقا من خلال العقد وإنما بعد قيام النزاع .

ب-موافقة مجلس الوزراء على ذلك اللجوء من خلال مرسوم يوقع عليه من خلال وزير المالية والوزير المختص حسب الأحوال، أما إذا تعلق الأمر بعقد أشغال عامة أو توريد وتبرمه المديريات فإن الأمر يجب أن يناقش من خلال مجلس المديرية، ثم يوافق عليه الوزير المختص وكذلك بالنسبة للبلديات، حيث يجب أن يوافق عليه المجلس البلدي ويعتمد من قبل مدير المقاطعة.

ويتفق الباحث مع هذا التوجه للمشرع الفرنسي وإقراره هذه الشروط، وفي حال عدم توافرها يترتب عليه بطلان التحكيم؛ لأن مشارطة التحكيم تقوم على دراسة النزاع بعد نشوبه وهي أقدر على تلمس حيثياته وإقرار الاتفاقية المتعلقة بالتحكيم بشكل يتناسب مع المصلحة العامة أكثر من اتفاق التحكيم، وفيما يتعلق بموافقة مجلس الوزراء بعد موافقة الوزير المختص

---

1 مشار إليه لدى: الشيخ ،عصمت عبدالله (٢٠٠٣)،**التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**، القاهرة: كلية الحقوق ،جامعة حلوان ،دار النهضة العربية ، ،ص ١٩١ وما بعدها.

فإن ذلك يؤدي إلى صدور القرار باللجوء إلى التحكيم من الجهة المختصة والأقرب لموضوع النزاع مما يحقق الفائدة المرجوة منه .

ثانيًا : قانون ١١٩غطس ١٩٨٦.

أجاز هذا القانون التحكيم في منازعات العقود الدولية ومن ثم منازعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي [1]– والذي يعتبر عقد الـــ B.O.T أحد هذه الصور– في نظر بعض الفقه – لأن المشرع اشترط في هذا القانون أن يكون الطرف المتعاقد مع الدولة شركة أجنبية؛ حيث من الملاحظ أن العقود الدولية إما تكون عقود إدارية تتعلق بمصالح ذات نفع قومي أو تكون عقود تجارية وصناعية .

وفيما يتعلق بنطاق تطبيق هذا القانون فأنه يشمل جميع العقود الدولية التي تبرم من قبل الدولة أو القطاعات أو المؤسسات العامة، حيث جاء أكثر شمولية من القانون السابق وهو قانون ١٩٠٦\١٤\١٧ الذي كان يقتصر على بعض أنواع العقود الإدارية، وهي عقود الأشغال العامة وعقود التوريد هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فانه يتعلق بكافة المنازعات التي تنشأ عن كافة العقود الدولية ولم يقتصر على نوع معين من المنازعات، وذلك بخلاف القانون سالف الذكر الذي يقتصر تطبيقه على المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد.

ومما تجدر الإشارة إليه إلى أن هذا القانون حدد شروط تطبيقه على النحو الآتي:

أ- أن يتم إبرام العقد مع شركة أجنبية، مما يضفي عليه الصفة الدولية وبمفهوم المخالفة فإن العقود التي تبرم مع شركة وطنية لا تخضع لنطاق تطبيق ذلك القانون.

ب-أن يكون الهدف من المشروع تحقيق النفع القومي بأي صورة من الصور، وبالتالي فإن ثبت أن المشروع يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة وليس مصالح عامة، فإنه لا يجوز تطبيق ذلك القانون على العقد ج- أن يتم اللجوء إلى التحكيم بعد موافقة مجلس الوزراء

1يرى البعض أن العقد الإداري الدولي هو العقد الذي تبرمه الدولة باعتبارها سلطة عامة ،أو أحد أشخاصها المعنوية الأخرى مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية من رعايا الدول الأخرى ،مثل عقود شراء الأسلحة للحفاظ على الأمن الداخلي أو الخارجي،وعقود امتياز المرافق العامة التي يتطلبها تسيير هذه المرافق،،والعقود التي تسند الدولة بمقتضاها استغلال ثرواتها الطبيعية – وبصفه خاصة التنقيب عن البترول – إلى إحدى الشركات الأجنبية،ويترتب على هذه العقود انتقال للأموال والخدمات عبر الحدود أي تتصل بمصالح التجارة الدولية .انظر : خليل،نجلاء حسن سيد أحمد ،**التحكيم في المنازعات الإدارية**،(ط٢)، القاهرة:دار النهضة العربية،ص ١٤٠ وما بعدها.

من خلال مرسوم يتضمن الموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم وأن تؤخذ هذه الموافقة في كل حالة على حده .[١]

وينبغي القول إن هذا القانون صدر عندما أرادت الحكومة الفرنسية التعاقد مع إحدى الشركات الأجنبية؛ لإقامة ملاهي على غرار ملاهي (والت ديزني) في الولايات المتحدة الأمريكية في إحدى المقاطعات الفرنسية، حيث أصرت الشركة على تضمين العقد الذي يبرم بينهما على شرط اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عند تنفيذ العقد، وعندما عرض الأمر على مجلس الدولة رفض ذلك مستندًا إلى الحجج السابقة التي تم ذكرها حول حظر التحكيم في العقود الإدارية وإن ذلك مخالف للنظام العام، إلا أن الشركة الفرنسية أصرت على ذلك مما اضطر المشرع الفرنسي لإصدار قانون سالف الذكر وهو قانون ١٩٨٦/٨/١٩ حيث استند المشرع الفرنسي إلى وجود مصلحة عامة سوف تنعكس على الدولة الفرنسية عند تضمين ذلك العقد بشرط التحكيم [٢].

ويثار التساؤل التالي في هذه الحالة، وهو هل كان المشرع الفرنسي بحاجة إلى إصدار هذا القانون بالرغم من أن الدولة الفرنسية قد صادقت على اتفاقية جنيف الصادرة بتاريخ ١٩٦١/٤/٢١ وأيضا اتفاقية واشنطن الصادرة ١٩٦٥/٣/١٨[٣]؟

وللإجابة على هذا التساؤل يرى بعض الفقه أن المشرع الفرنسي اضطر إلى إصدار ذلك القانون؛ لأن المادة الثانية من اتفاقية جنيف أجازت لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، إلا أنها لا يمكن تطبيقها في هذا الحالة على العلاقة بين الأشخاص المعنوية العامة الفرنسية والشركات الأمريكية؛ لأن الولايات المتحدة الأمريكية لم تصادق على هذه الاتفاقية [٤].

1الشيخ ،عصمت عبد الله ، **التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي** ،مرجع سابق ص ١٩٥.

2 خليل،نجلاء حسن سيد أحمد(٢٠٠٣-٢٠٠٤)،التحكيم في المنازعات الإدارية ، ط (٢)، القاهرة:دار النهضة العربية.

333 ابرمت هذه الاتفاقية في ١٩٦٥\٣\١٨ ودخلت حيز التنفيذ في ١٩٦٦\١٠\١٤ ،حيث صادقت عليها عشرون دولة ةهذا هو العدد المطلوب لتنفيذها وتهدف إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية وتطمين أصحاب صحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة الذين ينتابهم الخوف من عمليات التأميم التي كانت سائدة في الدول النامية.للميد حول هذه الإتفاقية راجع:حزبون ، جورج (١٩٩٤) معوقات التحكيم ودور الرقابة القضاءية التالية على إنهاء اجراءاته،مجلة دراسات الجامعة الأردنية ص٢٤٨.

4 M. de Boisseson,"interrogations et doutesnsur une evolution legislative:larticle 9 de la loi du 19 aout 1986", Rev.arb., 1087,no.3.

أما بخصوص عدم تطبيق اتفاقية واشنطن فإن مجلس الدولة الفرنسي يرى بأن هذه الحالة لا يمكن أن يستند فيها إلى اتفاقية واشنطن بالنسبة للأشخاص المعنوية الفرنسية، وأن خضوعهم لهذه الاتفاقية مشكوكًا فيه؛ لأن قيام فرنسا بالتصديق على هذه الاتفاقية لا يلغي الحظر المفروض على الأشخاص المعنوية العامة باللجوء إلى التحكيم [١] .

ولابد من الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي اصدر عدت تشريعات تجيز لبعض المؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم، ومنها ما تم النص عليه في المادة (٢٥) من القانون الصادر في ٣٠ ديسمبر ١٩٨٣ الخاص بالشركة الوطنية للسكك الحديدية، والقانون المتعلق بشركة الطيران الفرنسية (Air France)، وأيضا المادة رقم (٢٨) من القانون الصادر في ٢ يوليو ١٩٩٠ الخاص بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية [٢] .

والسؤال الذي يثار هنا، ما هو القانون الواجب التطبيق على التحكيم في عقد الـــ B.O.T؟ قلنا فيما سبق إن هذه العقود تتعلق بإنشاء مشروع داخل الدولة الفرنسية، وهذا المشروع- اشترط القانون الفرنسي لكي يخضع العقد المبرم بين الدولة والشركة الأجنبية لشرط التحكيم – أن يكون متعلقا بمصالح قومية للدولة الفرنسية، وعليه فإنه تطبيقًا للقواعد العامة في القانون الفرنسي فإن المحكم أوهيئة التحكيم ملزمه بتطبيق القانون الفرنسي؛ لأنه هو الأولى بالتطبيق ولأنه قانون موقع العقار وأي اتفاق بين الأطراف على خضوع هذا العقد لغير القانون الفرنسي فإنه يكون باطلًا بطلانا مطلق لأنه يتعلق بالنظام العام.

ويرى جانبًا من الفقه أنه في حال لم يقم المتعاقدان بتحديد القانون واجب التطبيق على التحكيم صراحة، ولم توجد إشارات أو دلائل تحدد القانون واجب التطبيق فأنه يجب على المحكم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على اعتبار وجود الدولة كطرف قي العقد مما يبرر تطبيق قانونها ومنهم من اوجب خضوع العقد لقانون الدولة المتعاقدة لاعتبارات أخرى إما لاعتبارات سياسية وإما لاعتبارها عقودًا إدارية، أو تأسيسًا على المواثيق الدولية [٣].

---

1 Laurent Richer “Droit des contrants administratifs”,Paris,L.G.D.J,19 ,P.256 et 257.

2الشيخ،عصمت عبد الله، **التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي** ،مرجع سابق ص١٩٣.

3 للمزيد حول القانون واجب التطبيق على تحكيم العقد محل الدراسة انظر ما يلي: **الحداد،حفيظة السيد،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب**،مرجع سابق،ص٤٣٩، ٤٣٦.أبو أحمد،علاء محيي الدين مصطفى(٢٠٠٨)،**التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية،دراسة مقارنة**، الازاريط:دار الجامعة الجديدة، ص٣٦٩،٣٦٨. الحداد،حفيظة السيد(١٩٩٢)،**الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون واجب التطبيق**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية،،ص٥٢،٤٨.

نستخلص مما سبق أن مجلس الدولة الفرنسي كان متشددًا لدرجة كبيرة بخصوص حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية من خلال تطبيقه لمعيارين هما المعيار العضوي والموضوعي؛ حيث استند إلى عدت حجج وأسانيد ومنها لأن ذلك مخالفًا للنظام العام، وعدم توافر الأهلية اللازمة لهؤلاء الأشخاص للجوء إلى التحكيم، بينما كان القضاء العادي الفرنسي أقل تزمتا بخصوص ذلك، وأن المشرع الفرنسي أوجد عدت استثناءات على القاعدة العامة التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي، كان يهدف بها مواكبة التطور في كليه التجارة العالمية خاصة وأن التشريع الفرنسي من التشريعات التي يشار إليها في البنان بحكمته وقدرته وملامسته للواقع وأيضًا قيامة بالتفرقة بين المجالات الدولية والمجالات الداخلية للنظام القانوني الفرنسي في محاولة منه؛ لإيجاد مخرجًا قانونيًا لتبرير اللجوء إلى التحكيم من قبل أشخاص القانون العام في مجالات العقود الدولية، حيث تم ترجمة ذلك من خلال إصدار قانون ١٩٨٦/٨/١٩.

المطلب الثاني: تحكيم عقود البناء والاستغلال والتسليم الــ B.O.T في التشريع المصري

إن التشريع المصري يعد من التشريعات التي أخذت بنظام التحكيم كإحدى الوسائل البديلة التي يتم اللجوء إليها لفض المنازعات بدلًا من اللجوء إلى القضاء منذ زمن بعيد ، ومما يؤكد ذلك أن المشرع ضمن قانون المرافعات المصري الصادر ١٣ نوفمبر ١٨٨٢ فصلًا خاصًا بالتحكيم وهو الفصل السادس من الباب العاشر بعنوان (تحكيم المحكمين) حيث احتوى هذا الفصل على (٢٦) مادة تتعلق بالتحكيم وبعد ذلك جاء القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٤٩ وقام بمعالجة التحكيم في الباب الثامن من الكتاب الثالث .

ونلاحظ أن معالجة هذا القانون للتحكيم جاءت أكثر شمولية من القانون السابق؛ حيث تم تخصيص المواد من (٨١٨ إلى ٨٥٠) لمسألة التحكيم، وبالرغم من صدور تلك القوانين في تلك الفترة إلا أن التحكيم لم يكن بالقوة اللازمة، وبعدها تم إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١١٧) لسنة ١٩٦٨ ولكن تم تناول التحكيم بصورة أقل شمولية من القوانين السابقة على الرغم من أن الظروف المحيطة آنذاك كانت تشير إلى توجه من الدولة المصرية إلى إشراك الحكومة في العملية الاقتصادية والتنموية، وتم تناول التحكيم في هذا القانون في المواد(٥٠١ إلى ٥١٣) حيث تم إقرار التحكيم الإجباري في منازعات القطاع العام [1]، ثم استمر المشرع

١جعفر ،محمد أنس،مرجع سابق ،ص٢١٤.

المصري بالأخذ بهذا النظام في القوانين المتعاقبة والتي تتعلق بالمؤسسات العامة وشركات القطاع العام ومما يدل على ذلك صدور قانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٩ وثم قانون رقم (٦٠)لسنة ١٩٧١ والقانون رقم (٩٧) لسنة ١٩٨٣ [١].

وعلى الرغم من صدور هذه التشريعات المتعلقة بالتحكيم، إلا أنها لم تتضمن نصوص صريحة تتناول مسألة التحكيم في العقود الإدارية سواء تلك التي تتعلق بالأشخاص الوطنين التي تكون بين الدولة وبين أطراف وطنية أو العقود إدارية التي يكون أحد أطرافها شخصا أجنبيا مثل عقد الــB.O.T، مما أدى إلى تباين الاتجاهات الفقهية بين مؤيد ومعارض للجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية مما أدى إلى صدور قانون خاص بالتحكيم وهو القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤؛ حيث ألغي بموجبة مواد التحكيم في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (١١٧) لسنة ١٩٦٨- ونصت المادة الأولى منه على أنه"مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام، أو القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع........"[٢].

إلا أنه وحتى بعد صدور ذلك القانون استمر الجدل قائم حول مشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم في العقد الإداري، مما حدا بالمشروع المصري إلى التدخل مرة أخرى وحسم ذلك الخلاف حول مشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم إلى وذلك لقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ، عندما أضاف فقرة جديدة إلى المادة الأولى في القانون السابق، وسوف نتعرض لهذه المراحل التي مر بها التشريع المصري حول اللجوء إلى التحكيم في العقد الإدارية ومنها عقد الــ B.O.T من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع على النحو التالي:

- الفرع الأول : المرحلة السابقة على صدور قانون التحكيم رقم ٩٤/٢٧
- الفرع الثاني : مرحلة صدور قانون التحكيم رقم ٩٤/٢٧
- الفرع الثالث : مرحلة صدور قانون التحكيم رقم ٩٧/٩ وحسم الخلاف حول التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

---

1 محمد عثمان، محمد فتوح (١٩٨٧)، **التحكيم الإجباري لمنازعات الحكومة والقطاع العام**،مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول ، ،ص٢٩، وما بعدها.

2أنظر المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤.

الفرع الأول: المرحلة السابقة على صدور قانون التحكيم رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤

تتميز هذه المرحلة أن المشرع لم يتخذ موقفا واضحا حول جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، حيث لم يتضمن القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ نصًا صريحًا يجيز اللجوء إلى التحكيم وأمام ذلك الصمت اختلف وتباين موقف الفقه والقضاء بين مؤيد ومعارض للالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية وعليه سوف نبين الرأي المعارض والرأي المؤيد على النحو التالي :

أولًا :الرأي المعارض للتحكيم في العقود الإدارية :

يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية، لأن في ذلك اعتداء على اختصاص القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل بنظر تلك المنازعات وذلك استنادًا على العديد من النصوص القانونية وبعض الأحكام القضائية وفيما يتعلق بالنصوص القانونية فقد استندوا إلى نص المادة ١٧٢ من الدستور الصادر سنة ١٩٧١ والتي جاء فيها "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة، ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى"، وأيضا إلى المادة ١١/١٠ من القرار بقانون بشأن مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

إلا أن وجهة النظر السابقة كانت محل انتقاد من بعض الفقه الذين يرون- حسب وجهة نظرهم- أن الاستناد على نص المادة ١٩٠ من الدستور والقول بعدم إمكانية نظر هيئات التحكيم لمنازعات العقود الإدارية هو قول تعوزه الدقة؛ لأن هدف هذه المادة الأساسي هو تقرير حماية قضاء مجلس الدولة من التعدي عليه بموجب أي تشريع أخر وعدم المساس باستقلاله، ويضيف الفقه أن الاستناد إلى نص المادة العاشرة والحادي عشر من قانون مجلس الدولة والمتعلقات باختصاص مجلس الدولة في نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، فقد كان الهدف منهن بيان التطور التشريعي بخصوص تحديد الجهة صاحبة الاختصاص الأصيل في نظر منازعات العقود الإدارية؛ لأن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ جعل الاختصاص مشتركًا للمحاكم العادية ومحكمة القضاء الإداري حيث صدر قانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وأكدت على ذلك المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢[1].

---

1 راجع في تلك الأراء: نصار،جابر جاد، **التحكيم في العقود الإدارية** ،مرجع سابق ص ٦٢.

أما الأحكام القضائية [١]التي استند إليها أنصار هذا الرأي المعارض فتتمثل في حكمين قضائيين، الأول هو حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٩٠ الذي يتعلق بدعوى مرفوعة من الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية ضد وزير الإسكان وتتلخص وقائع تلك الدعوى في قيام الشركة سالفة الذكر بالمطالبة بإعمال شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها وبين الوزارة وإحالة النزاع إلى هيئة التحكيم ثلاثية؛ حيث تعين الشركة احد المحكمين وتعين الوزارة المحكم الثاني ويتم الاتفاق بينهما على تعين محكم ثالث، إلا أن الوزارة رفضت تعين محكم مما دفع الشركة إلى رفع دعوى أمام محكمة القضاء الإداري ليتم إلزام الوزارة على تعيين محكم لها، ثم حكمت المحكمة الإدارية بإلزام الوزارة بتنفيذ التزامها العقدي إلا أن الوزارة قامت بالطعن في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا التي قضت بإلغاء الحكم المطعون فيه ورفض الدعوى وقررت عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

ويتفق بعض الفقه – ونحن نؤيدهم – مع النتيجة التي توصلت إليها المحكمة الإدارية في الحكم السابق، وهي منسجمة مع موقف مجلس الدولة الفرنسي في أنها تؤدي إلى المحافظة على اختصاص مجلس الدولة؛ ولأن إرادة الخصوم وحدها لا تكفي بجواز التحكيم في العقود الإدارية حيث يجب أن يكون ذلك بموجب قانون يبيح ذلك صراحة [٢].

ثانيًا : الرأي المؤيد لمشروعية التحكيم في العقود الإدارية

ذهب رأي أخر إلى القول بمشروعية الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ويبررون وجهة نظرهم هذه في أنه لا يوجد نصوص تشريعية تحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية حيث استندوا إلى نص المادة (٥٠١) من قانون المرافعات التي نصت على أنه "يجوز الاتفاق في التحكيم .....عقد معين"؛ لأن هذه المادة – حسب وجهة نظرهم – جاءت عمومية وغير محددة وبالتالي فإن ذلك يسري على جميع العقود سواء مدنية أو إدارية تطبيقًا لقاعدة أن المطلق يجري على إطلاقه، وبتالي فأنه يكون التحكيم في العقود الإدارية جائز حسب وجهة النظر هذه بشكل عام في عقود الــ B.O.T بشكل خاص [٣] .

1 التحيوي ، محمود السيد عمر(٢٠٠٣)،**التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية**، الإسكندرية :دار المطبوعات الجامعية، ،،ص٢٩٠وما بعدها.

2 منير ،محمد كمال (١٩٩١)،**مدى جواز الاتفاق على التحكيم الاختياري في العقود الإدارية** ،تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣٠٤٩) لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٩٠،١٢،٢ ،مجلة العلوم الإدارية ،السنة الثالثة والثلاثون ،العدد الأول ، ،ص ٣٣٢.

3.الشريف ،عزيزة(١٩٩٢)،**التحكيم الإداري في القانون المصري**،القاهرة:دار النهضة العربية،ص١١٠.

ويضيف أنصار ذلك الرأي إلى أنه حتى باستعراض أحكام قانون مجلس الدولة فإن لا يوجد بين ثناياه أي نص يحظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأن نص المادة العاشرة من هذا القانون كان يقصد بها تحديد اختصاصات مجلس الدولة، حتى لا يتم التعدي عليه من قبل القضاء العادي ولا يجوز التوسع في مفهوم تلك المادة إلى حد يصل به القول إلى عدم مشروعية التحكيم في العقود الإدارية[١].

ويرى الباحث أن هذه المرحلة لم تحتو على نص صريح يجيز التحكيم في العقود الإدارية وأن المؤسسات العامة لا يمكن ان تلجأ إلى التحكيم إلا بموجب نصوص صريحة تجيز ذلك؛ لأن الحجج التي استند أليها الراي المعارض كانت تهدف إلى المحافظة على اختصاص مجلس الدولة وتحقيق المصلحة العامة في ظل عدم وجود نصوص واضحة تخول المؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئه عن العقود التي تبرمها.

نستخلص مما سبق أن الفترة السابقة لصدور قانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ كانت تحتوي على تباين في الاتجاهات الفقيه والقضائية حول مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقد الـــ B.O.T بشكل خاص، سيما وأن أغلب هذه الآراء والأحكام قد استندت إلى نفس النصوص القانونية وحددت موقفها بين مؤيد ومعارض حسب فهمهم لهذه النصوص القانونية ونرى أن سبب هذا الخلط في فهم النصوص القانونية هو عدم النص صراحة على جواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الثاني: مرحلة صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

أدى الاختلاف الفقهي والقضائي حول مشروعية أوعدم مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ومنها عقد الـــ B.O.T في ظل قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة١٩٨٦ بالإضافة إلى الإلحاح على وجود قانون تحكيم في مصر يكون شاملا وعامًا ويلبي متطلبات العصر والإنفتاح الاقتصادي الذي يتماشى مع التوجهات الدولية الحديثة، التي تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي إلى صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية؛ حيث نص هذا القانون في المادة الثالثة منه على أنه "تلغي المواد من (٥٠١إلى ٥١٣) من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون .

1العصار،يسري محمد،التحكيم في المنازعات العقدية وغير العقدية،مرجع سابق،ص١٢٥.

وباستعراض نصوص هذا القانون فإنه لا يوجد نص صريح وواضح حول العقود الإدارية وإنما تم النص في المادة الأولى منه على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام، أو القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " (١) .

ولكن التساؤل الذي يثار هو هل استطاع هذا القانون حسم الجدل الفقهي حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقد الـــ B.O.T بشكل خاص؟

حقيقة لقد أدى ذلك القانون إلى اتساع الفجوة بين الرأي القائل بمشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية والرأي المناهض له، ولكن كل فريق اعتمد على عدت حجج وأسانيد لإثبات وجهة نظره وسوف نقوم ببيان وجهات النظر هذه على النحو الأتي:

أولًا : الرأي المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية

استند أنصار ذلك الاتجاه إلى العديد من الحجج والأسانيد لإثبات مشروعية التحكيم في العقود الإدارية ومنها أنه إذا تم إعمال القاعدة القانونية القائلة أن المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يتم تعيينه، فإن ذلك يؤدي إلى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية من خلال نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لأن النص جاء عامًا ، حيث نصت المادة على سريان النص على التحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أيا كانت العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع مما يعني سواء كانت عقودًا إدارية أو غير إدارية مثل العقود التجارية أو الاقتصادية (٢) .

ثانيًا : الرأي المعارض للتحكيم في منازعات العقود الإدارية

ذهب رأي أخر إلى القول بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية؛ لأن القانون الجديد وهو القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤- حسب وجهة نظرهم- لم يكن جازمًا وصريحًا حول جواز التحكيم في العقود الإدارية؛ لأن النص جاء عامًا على اعتبار أن أشخاص القانون العام قد يقوموا بإبرام عقودا تخضع للقانون الخاص ولا تخضع للقانون العام

---

1 المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤،مرجع سابق.

2العصار ، محمد، يسري محمد ،**التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية**،ص ١٣١.وأيضا د.عبد القادر،ريمان(١٩٩٦)،**اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤**،دار النهضة العربية،١٩٩٦،(ط١)،ص١٤٨ وما بعدها.

أي أن اللفظ لا يمكن أن يؤدي إلى شمولية العقود الإدارية أيضا، وأضاف أصحاب ذلك الرأي ان هنالك مطالبات كانت تدعو إلى إضافة فقرة تتعلق بالعقود الإدارية إلى نص المادة الثانية من ذلك القانون إلا أن المجلس التشريعي لم يوافق على ذلك [١].

ويرى الباحث أن القانون رقم(٢٧) لسنة ١٩٩٤ لم يحتوي على نص صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم من قبل المؤسسات العامة، أي أنه يتفق مع الرأي المعارض للتحكيم في ظل هذا القانون خاصةً وأن العقود التي تبرمها المؤسسات العامة ذات اهمية كبيرة وتتعلق بمصالح اساسية للدولة؛ حيث يجب أن تلجأ المؤسسات العامة إلى التحكيم بموجب نصوص قانونية واضحة وصريحة تجيز ذلك.

يتبين لنا أنه حتى بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إلا أن الخلاف الفقهي والقضائي استمر حول جواز التحكيم في العقود الإدارية ومنها عقد الـــ B.O.T أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من العقود؛ حيث أن هذا الموضوع كان هاجسًا لدى الدولة التي ترغب في خلق بيئة استثمارية آمنه داخل أراضيها، بالإضافة إلى أن المستثمر لا يرغب أن تكون الدولة التي هي طرف في ذلك العقد هي نفسها التي يتحاكم أمامها، وعليه وأمام ذلك الوضع أصدر المشرّع المصري قانون رقم ٩٧/٩ حيث عدل أحكام المادة الأولى من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٤٩ من خلال النص صراحة على خضوع منازعات العقود الإدارية للتحكيم وذلك ما سنبينه في الفرع الثاني .

الفرع الثالث: مرحلة صدور قانون التحكيم رقم ٩ لسنة ١٩٩٧

تدخل المشرع المصري بإصدار القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ واضعًا حدًا للخلاف الفقهي والقضائي المتعلق بجواز أو عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وتم النص في المادة الأولى منه على أنه " تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤ فقرة ثانية نصها " وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية ولا يجوز التفويض في ذلك ".

1التحيوي،محمود السيد عمر، **التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية** مرجع سابق ص٤٠٧، ٤٠٦.

وكما نصت المادة الثانية من ذات القانون على أنه " ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لتاريخ نشره يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وينفذ كقانون من قوانينها "

يتبين لنا من المواد سالفة الذكر أن المشرع المصري قد أزال الغموض حول جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية ومنها عقد الـــ B.O.T ويلاحظ أن إرادة المشرع في ذلك قد اتجهت نحو الآراء الفقهية التي أيدت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وأن ما نص عليه المشرع بموجب هذا القانون يبين لنا حقيقتين وهما أنه أراد تحديد نطاق تطبيق هذا القانون من الناحية الموضوعية والزمانية هذا من جهة وتحديد السلطة المختصة بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم من خلال ضوابط معينة من جهة أخرى وعليه سوف نتناول تلك الحقائق على النحو التالي:

أولًا : نطاق تطبيق قانون التحكيم رقم ١٩٩٧/٩ من الناحية الموضوعية .

إن المشرع قد حدد نطاق تطبيق هذا القانون من الناحية الموضوعية، حيث يسرى هذا القانون على جميع منازعات العقود الإدارية سواء تلك التي يكون أطرافها شخص وطني أم أجنبي متعاقد مع الإدارة؛ لأن النص جاء عاما دون تحديد نوع معين من أنواع العقود الإدارية هذا من ناحية، وكذلك فان نطاق تطبيق هذا القانون يشمل أي منازعة تنشا عن العقود الإدارية وفي أي مرحلة من مراحل هذا العقد سواء مرحلة الإبرام أو التنفيذ من ناحية أخرى [١].

يرى أحد الفقهاء [٢] أن المشرع المصري لم يكن موفقا كثيرًا في ذلك التحديد الموضوعي للعقود الإدارية التي يجوز الالتجاء فيها للتحكيم؛ حيث يؤدي - حسب وجهة نظرهم – إلى إهدار مصالح عليا للدولة سيما وأن بعض العقود الإدارية تتعلق باستغلال ثروات طبيعية للدولة أو تكون بصورة عقود امتياز، وأن التسليم بجواز التحكيم في هذه العقود قد تؤدي إلى قيام محكمين أجانب بإجراءات التحكيم أو تطبيق قانون أجنبي على تلك المنازعات؛ أي أن الفائدة المرجوة من تلك العقود قد لا تكون متناسبة مع حجم الخطر الذي يصيب مصالح الدولة لو وضع أو أوكل التحكيم إلى أشخاص أو هيئات أجنبية بالرغم من القيود التي وضعها المشرع المصري على ذلك وهي موافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وتقرير عدم جواز التفويض في ذلك إلا أن ذلك قيد ضعيف بالمقارنة مع حجم تلك العقود الإدارية خاصة التي تتعلق باستثمارات ضخمة داخل الدولة، ويرى هذا الفريق انه

1الشيخ،عصمت عبدالله،**التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**،مرجع سابق، ص١٨٦.
2نصار،جابر جاد، **التحكيم في العقود الإدارية** ،مرجع سابق،ص ٩٥.

يجب أن تكون الموافقة من خلال قرار مجلس الوزراء بالنسبة لهذه العقود، وليس من الوزير المختص أسوة بالقانون الفرنسي الذي اشترط صدور مرسوم من مجلس الوزراء موقع عليه من وزير المالية والوزير المختص يقر التحكيم في عقود الدولة والعقود الدولية ذات النفع القومي .

ويؤيد الباحث الرأي السابق؛ لأنه يشكل ضمانه من الضمانات الهامة نظرًا لأهمية هذا النوع من العقود خاصة وأن مدة هذه العقود قد تطول وتصل أحيانا إلى (٩٩) عامًا مما يشكل عبئا على كاهل الدولة في حال لم يتم دراسة آلية اللجوء إلى التحكيم وإحاطته بالعديد من الضمانات مثل ان يتم تطبيق قانون الدولة على النزاع الدائر بين الأطراف أو النزاع المحتمل حدوثه في أي مرحلة من مراحل العقد .

ويرى الباحث أن العقد محل الدراسة يجب اللجوء إلى التحكيم فيه إليه من خلال مشارطة تحكيم وليس من خلال شرط تحكيمي ؛لأن مشارطة التحكيم تؤدي إلى فهم واقعي لطبيعة النزاع بين الدولة والطرف الأخر خاصةصإذا كان طرفا أجنبيًا وذلك تحقيقًا لمصلحة الدولة حتى لا تتحمل التزامات غير متوقعة فيما لو تم الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم من خلال شرط تحكيمي قبل ان يثور النزاع ، وذلك يتماشى مع ما نصت عليه المادة(٢٠٦٠) من القانون المدني الفرنسي عندما أجازت اللجوء إلى التحكيم من خلال مشارطة تحكيم وذلك فيما يتعلق بعقود الاشغال العامة وعقد التوريد.

ثانيًا : النطاق الزمني لتطبيق قانون التحكيم رقم٩ لسنة ١٩٩٧ .

نصت المادة الثانية من قانون رقم(٩) لسنة ١٩٩٧ على أنه " ينشر ضمن قانون في الجريدة الرسمية ويعمل بها من اليوم التالي بتاريخ نشرة (....)"، وعليه فأنه يستفاد من نص هذه المادة أنها حددت نطاق سريان أحكام هذا القانون من اليوم التالي لتاريخ نشرة في الجريدة الرسمية أي تطبيقه بأثر فوري وليس بأثر رجعي .

إلا أن جانب من الفقه يرى أن هذا القانون يسري بأثر رجعي لأن القانون رقم(٩) لسنة ١٩٩٧ – من جهة نظرهم– ما هو إلا قانون تفسيري لقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ وعليه فإن نطاق سريانه يكون من تاريخ سريان القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ مستندين في ذلك إلى النص الذي استخدمه المشرع في المادة الأولى من القانون رقم(٩) لسنة ١٩٩٧ وهو" بالنسبة إلى المنازعات العقود الإدارية "مما يدل على أنه يريد تفسير نص المادة الأولى من القانون رقم

(٢٧) لسنة ١٩٩٤ ولا يريد تقرير حكم جديد لأنه لو أراد ذلك لاستخدم عبارة " ويجوز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات العقود الإدارية "[١].

وعلى النقيض الأخر يرى جانب أخر من الفقه بأن هذا القانون لا يمكن اعتباره قانونا تفسيريا، وبالتالي لا يطبق إلا بعد نشرة في الجريدة الرسمية وان أثره فوري وليس رجعيا؛ لأن المشرع لم ينص على ذلك صراحة هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن القوانين لا تسري بأثر رجعي إلا في حالة كان القانون جنائي ويكون أصلح للمتهم ، وفي كلتا الحالتين لا يمكن أن الحالتين ينطبق ذلك على هذا القانون [٢].

ويميل الباحث إلى الرأي الثاني الذي يرى بان القانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧ يسري بأثر فوري وليس باثر رجعي، وأنه لا يمكن اعتبار هذا القانون تفسيرًا للقانون السابق؛ لأن التعديل الذي طرأ على نص المادة الاولى جاء واضح ويتعلق بمنازعات العقود الإدارية حيث جاءت ظروف صدور ذلك القانون لإزالة الغموض الذي اكتنف القوانين السابقة حيث تحدد سريانه بعد نشره في الجريدة الرسمية.

وعليه بعد ان بينا آيات اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات العقد محل الدراسة في كل من التشريع الفرنسي والمصري، فإننا سننتقل للحديث عن آليات اللجوء إلى التحكيم في هذا العقد في التشريع الاردني في المبحث القادم إن شاء الله.

---

1. راجع حول هذه الأراء:العصار،يسري محمد، مرجع سابق ، ص ١٤٢
2نصار،جابر جاد، **التحكيم في العقود الإدارية** ،مرجع سابق ص١٠٢ وما بعدها.

المبحث الثاني

تحكيم عقود البناء والاستغلال والتسليم الــ B.O.T في التشريع الأردني

هنالك تباين في مواقف التشريعات بخصوص التحكيم بــالعقود الإداريــة ومنهــا عقــد الــB.O.T فمنها من حظر اللجوء إليها في البداية، إلا أنه نظرًا لمواكبة التجــارة الدوليــة ولتشجيع الاستثمار ثم التخفيف من حدة هذا الحظر وضمن ضوابط معينة وشروط محددة مثــل التشريع الفرنسي، وهنالك بعض التشريعات التي جاءت موافقتها على التحكيم في العقود الإدارية موافقة ضمنية في بداية الأمر – مع بعض التحفظات من قبل القضاء المختص – ثم الموافقــة الصريحة بعد ذلك مثل التشريع المصري، وهنا لابد من الإشارة أن الأردن كان مــن أوائــل الدول العربية التي اهتمت بمسالة التحكيم ومما يدل على ذلك أنها الدولة العربية الأولــى التــي نظمت أحكام التحكيم بموجب قانون مستقل ومن خلال إصدار قانون التحكيم رقــم (١٨) لــسنة ١٩٥٣ [1] ، حيث استمر العمل بهذا القانون حتى صدور قــانون التحكــيم لــرقم (٣١) لــسنة (٢٠٠١) وهو المعمول به حاليا، حيث كانت ظروف إصدارة خطوة ايجابية من قبل المــشرع للنهوض بمستوي التشريعات الناظمة لمسألة التحكيم في الأردن والتركيز على المستوى الداخلي والدولي، وسنقوم بدراسة المراحل التي مر بها تطور التحكيم في التشريع الأردنــي والتركيــز على بيان مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في تلك المراحل وسيكون ذلك في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فخصص للحديث عن التحكيم وفقا لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها المبرمة في نيويورك ١٩٥٨ .

المطلب الأول: مراحل تطور التحكيم في التشريع الأردني

إن التشريع الأردني مر بمرحلتين بخصوص قانون التحكيم بشكل عام والتحكيم بــالعقود الإدارية بشكل خاص وهذه المراحل هي: المرحلة الأولى التي صدر فيها قانون رقم (١٨) لسنة ١٩٥٢، والمرحلة الثانية وهي التي صدر بها القانون رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ ولبيان موقف كل من القانونين فقد خصص لكل قانون فرع مستقل على النحو التالي :

–الفرع الأول: مرحلة سريان قانون التحكيم رقم (١٨) لسنة ١٩٥٢.

–الفرع الثاني: مرحلة سريان قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ .

1.نشر على الصفحة ٤٨٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ١١٣١\١١٧\٥٣١.

الفرع الأول: مرحلة سريان قانون التحكيم رقم (١٨) لسنة ١٩٥٢

باستقراء نصوص هذا القانون تبين لنا أنه لم يشتمل على أي مادة تحتوي على إجازة أو حظر التحكيم في العقود الإدارية، وعليه فإنه تطبيقا للمبدأ القانوني أن الأصل في الأشياء الإباحة فإنه قد يفهم بالإجازة الضمنية للتحكيم في العقود الإدارية ،"كما أن عدد كبير من المؤسسات والهيئات الرسمية العامة والأجهزة الإدارية والحكومية الأردنية المختلفة قامت بتضمين العقود الإدارية التي أبرمت مع الأفراد أو الجهات أو الدول الأخرى نصًا يجيز للأطراف المتعاقدة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي قد تنشا بينهما قبل اللجوء إلى القضاء الرسمي في الدولة" [1]، وقد جاءت المادة (٢٠) من هذا القانون تتحدث عن التحكيم الذي تكون الحكومة طرفا فيه حيث نصت على أنه" يسرى هذا القانون على كل تحكيم تكون فيه حكومة المملكة الأردنية الهاشمية احد الطرفين، ولكن ليس فيه ما يؤثر في الأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة ".

يتبين لنا من تحليل النص السابق أن المشرع أقر بمشروعية التحكيم في العقود التي تبرم وتكون احد أطرافها الحكومة – مع العلم أن الإدارة أو الحكومة يمكن أن تلجا إلى إبرام عقود معينة، ولا تكون عقود إدارية إذا لم تتوافر فيها معايير العقد الإداري – ولكن بتحليل النص السابق نجد انه جاء عاما ولم يقتصر على نوع معين من أنواع العقود التي تبرمها الحكومة مما يعني وحسب وجهة نظرنا أنه جاء شاملا ليشمل العقود الإدارية بشكل عام وعقد الـ B.O.T بشكل خاص، وكذلك نجد ان المشرّع وفي هذا النص السابق قد وضع قيد أو استثناء لا يمكن أن يتم فيه التحكيم وهو المتعلق بالأحكام القانونية المتعلقة بدفع الرسوم والمصاريف من قبل الحكومة، ولم ينص على أي استثناء آخر مما يفيد اكتفاءه بهذا الاستثناء وأن النص يبقى على إطلاقه من جهة أخرى.

ومما تجدر الإشارة إليه أن التشريع الأردني بالرغم من أنه اخذ بالنظام القضائي المزدوج إلا أن منازعات العقود الإدارية لا تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري، وإنما يختص بالنظر فيها القضاء العادي، وعليه فإنه لابد من الاستئناس بقرارات محكمة التمييز الأردنية للدلالة على وجهة النظر السابقة التي أثبتناها بخصوص جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في ظل قانون التحكيم رقم (١٨) لسنة (١٩٥٣) ومن هذه القرارات التي جاء فيه " إذا قام خلاف بين دائرة الجمارك وأصحاب العلاقة حول مواصفات البضاعة أو منشأها يحال الأمر إلى المدير فإذا

1عبد الهادي،بشار جميل (٢٠٠٥)،**التحكيم في منازعات العقود الإدارية،دراسة تحليلية مقارنة**،عمان :دار وائل للنشر،(ط١)، ،ص٦٧+٦٨.

لم يقبل صاحب العلاقة بالقرار الصادر من المدير فله الحق اللجوء إلى التحكيم عمــلا المــادة (٧٨/ب) من قانون الجمارك رقم (١٦) لسنة ١٩٨٢ ، وعليه ولما لم يطلب أصحاب العلاقــة إحالة النزاع مع دائرة الجمارك إلى التحكيم، فإنهم يكونوا قد قصروا بحق أنفسهم والمقصر أولى بالخسارة، ولا يرد إدعاء المميز أنها تقدمت باستدعاء إلى وزير المالية شــرحت فيــه منــشأ البضاعة طالما أنها لم تطلب صراحة إحالة النزاع إلى التحكيم[١] .

يتبين لنا من خلال الحكم السابق أن محكمة التمييز الأردنية لم تمنع اللجوء إلى التحكــيم في العقود الإدارية؛ لأن المنازعات السابقة كانت تتعلق بتنفيذ أحد العقود المبرمة بين الإدارة أي الشخص القانون العام (دائرة الجمارك) وطرف أخر معها وهو من أشخاص القانون الخــاص؛ لأن الحكم تطرف إلى تقصير الطرف الأخر بحق نفسه ولم يتطرق إلــى مــشروعية التحكــيم وبمفهوم المخالفة أنه لو لم يقصر الطرف الأخر بحق نفسه وطلب إحالة النزاع إلى التحكيم لكان له ذلك حسب الحكم السابق .

وباستعراض حكم أخر من أحكام محكمة التمييز الأردنية عام (١٩٥٩) ، قرر فيه عــدم مشروعية حكم التحكيم في نزاع ثار بين حكومة المملكة الأردنية الهاشــمية وشــركة كهربــاء القدس بسبب مخالفة شروط التحكيم التي تم الاتفاق عليها بخصوص تشكيل هيئة التحكيم؛ حيث تم الاتفاق على أن يقوم كل من الحكومة بتعيين احد المحكمين والشركة تقوم بتعيين محكم أخر، ثم يقوم هذان المحكمان بالاتفاق على تعيين محكم ثالث إلا أن المحكمان اللذان تم اختيارهم لــم يقوموا بذلك، حيث قررت المحكمة بقولها "ان تصرف المحكمان يعتبر خروج علــى شــروط الاتفاق المبرم بين الحكومة والشركة مما يجعل حكمها معيبًا "[٢].

نلاحظ أن الحكم السابق لمحكمة التمييز أبطل حكم التحكيم؛ لأنه لم يراع الشروط التي تم الاتفاق عليها بخصوص تشكيل هيئة التحكيم ولم يستند إلى مشروعية عملية التحكيم في حد ذاتها مما يدل على إجازة محكمة التمييز؛ لهذا التحكيم الذي تم بين الحكومة وإحدى الشركات الخاصة أي إجازة التحكيم في العقود الإدارية .

1انظر قرار محكمة التمييز رقم ٩٦\١٧٤٠ لسنة ١٩٩٧، الاجتهاد القضائي الجزء الخامس،خلاد،يوسف خلاد،مرجع سابق،٨٢٦.

2تمييز حقوق ٩٥\١٣٤ ، **مجلة نقابة المحاميين الأردنيين**،١٩٥٨،ص٨٧٨+٨٨٠.

ومما يدل على أن القضاء الأردني في تلك الفترة لم يحظر اللجوء إلى التحكيم من قبل الإدارة في المنازعات الإدارية قرار محكمة التمييز بالنزاع المتعلق بين السفارة الأردنية في سلطنة عمان وتحديدًا في مدينة مسقط حيث كان النزاع بين وزارة الخارجية الأردنية والمكتب الهندسي المحال عليه العطاء لبناء السفارة الأردنية هناك، حيث أوضحت محكمة التمييز في حكمها بأن" الاتفاق على حل أي نزاع ينجم عن اتفاقية العطاء المحال على المدعي (المميز) عن طريق التحكيم بموجب قانون التحكيم الساري المفعول رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ يجعل من تمسك المدعى عليهم بشرط التحكيم في محله، طالما أن الدعوى مؤسسة على الادعاء بإخلال المدعى عليهم بالتزاماتهم العقدية الواردة في العطاء وحيث أن المدعى عليهم تقدموا بطلب لوقف السير في الدعوى وفقا لحكم المادة السادسة من قانون التحكيم وقبل الدخول بأساس الدعوى معلنين رغبتهم واستعدادهم بانتظام سير التحكيم إضافة إلى إعلانهم حل الخلافات عن طريق التحكيم قبل إقامة دعوى وفقًا للبند الوارد في الاتفاقية واقترحوا من جانبهم محكما فيكون اتفاق التحكيم الذي لم يرجع عنه المدعى عليهم ملزما للطرفين باعتباره شريعة المتعاقدين ويكون الحكم بوقف الدعوى موافقًا للقانون" [1].

تبين لنا فيما سبق أن قانون التحكيم رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣لم يتضمن في ثناياه أي إشارة صريحة إلى جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقود الـ B.O.T بشكل خاص، وإنما كانت إجازة ضمنية تستشف من نص المادة (٢٠) من ذات القانون بالإضافة إلى تضمين بعض العقود الإدارية شرط التحكيم، ومما قادنا إلى ذلك الاستنتاج بعض قرارات محكمة التمييز التي أشرنا إليها .

الفرع الثاني: مرحلة سريان قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١

إن مسالة جواز أو عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية بشكل عام وعقود الـ B.O.T بشكل خاص لم تكن على قدر كبير من الوضوح في ظل القانون السابق رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣، ولكن المشرع الأردني ومراعاة لأهمية التحكيم على مستوى الداخلي وعلى مستوى الدولي واستجابة منه لإزالة الغموض حول ذلك، وتشجيعًا للاستثمار وتماشيًا مع التوجه الدولي للأخذ بهذا النظام أصدر قانون التحكيم الأردني رقم (٣١)لسنة ٢٠٠١ والذي نص صراحة على جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية العقدية وغير العقدية في المادة الثالثة منه التي جاء فيها "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق

1تمييز حقوق رقم (٩٠\١٢٤٠) **مجلة نقابة المحامين الأردنيين** ، ٢٠٠٠ العدد (٣-٤) ،ص(٩٧٥).

بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية" [1].

ويلاحظ من النص السابق أن المشرع الأردني وبموجب هذا القانون قد أقر بجواز لجوء الإدارة إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها، أي العقود الإدارية بشرط أن يكون هذا النزاع مدنيا أو تجاريا؛ ولأن عقود الدولة أصبحت متنوعة ومتعددة تدخل في جميع مفاهيم الحياة وأيضًا جاء هذا النص شاملًا ليشمل المنازعات العقدية والمنازعات غير العقدية .

والتساؤل الذي يثار هنا هل يجوز اللجوء إلى التحكيم ليشمل جميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين وهل الدولة تملك الشخصية الحكمية للقيام بذلك التصرف؟

جاءت الإجابة على ذلك من خلال نص المادة التاسعة من هذا القانون التي جاء فيها" لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح "

وعليه فإنه بالرجوع إلى نص المادة (١/٥٠) من القانون المدني الأردني التي حددت الأشخاص الحكمية، نجد أنها اعتبرت الدولة والبلديات والمؤسسات العامة هي أشخاص حكمية حيث جاءت فيها "الأشخاص الحكمية هي ١) الدولة والبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية حكمية".

وجاءت أيضا المادة (٥١) من القانون المدني الأردني تؤكد على تمتع الشخص الحكمي بجميع الحقوق حيث جاء فيها:"١) الشخص الحكمي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازما لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون .٢) فيكون له:

أ .ذمة مالية مستقلة .

ب.أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائها أو التي يقررها القانون.

ج. حق التقاضي .

د.موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في المملكة الأردنية الهاشمية يعتبر مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي، المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.

٣. ويكون له من يمثله في التعبير عن إرادته"

---

1 المادة التاسعة من القانون المدني الأردني.

وعليه وباستعراض النصوص السابقة يتبين لنا أن الدولة تعتبر شخص حكمي، تستطيع إبرام العقود الأمر الذي يعطي الدولة ومؤسساتها العامة الأهلية اللازمة لإبرام اتفاقات التحكيم فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها مع الأطراف الأخرى.

ومما يؤكد رغبة المشرع أن يكون للإدارة ممثلا بمؤسساتها العامة الحق في إبرام اتفاقيات تحكيم حكم محكمة الاستئناف عندما قامت بنظر إحدى اتفاقيات التحكيم التي أبرمت بين وزارة التربية والتعليم وشركة (انشور انترناشونال) بتاريخ٢٥ /٢٠٠١/١١ تلك الاتفاقية التي أبرمت بين الطرفين من اجل قيام الطرف المتعاقد مع وزارة التربية والتعليم بتطوير أجهزة الكترونية تابعة للوزارة، حيث تم النص في هذا العقد المبرم بينهما على أن المنازعات التي قد تنشا يتم حلها بطريقة التحكيم، وبالفعل حصل خلاف حول تنفيذ ذلك العقد وأحيل إلى التحكيم حيث قام كل طرف بتعين محكم عنه ثم قام المحكمان بانتخاب محكم ثالث يرأس هيئة التحكيم و بدأت إجراءات التحكيم بتاريخ ٢٠٠٣/٩/٩ وقررت الهيئة بإحدى قراراتها تكليف وزارة التربية والتعليم بدفع نصف أتعاب التحكيم البالغة (٥٠٠٠) دينار و قام المحامي العام المدني بالطعن بذلك القرار أمام محكمة الاستئناف وعدم إلزام وزارة التربية والتعليم بأتعاب المحكمين بهذه المرحلة وتضمين الشركة بالرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة حيث قضت محكمة الاستئناف بالرد شكلا بعد سماع مرافعات طرفي الدعوى[1].

تبين لنا من الحكم السابق أن الإدارة في ظل القانون رقم (٣١) لسنة٢٠٠١ تستطيع اللجوء إلى التحكيم؛ لأنه لو كان غير جائز لقامت المحكمة بالنص على ذلك من تلقاء نفسها دون حاجة لأن يتم الدفع به من أي طرف، وإنما أقرت به المحكمة من خلال الحكم السابق الذي يؤكد أن القانون سابق الذكر يشمل الإدارة ممثلة بمؤسساتها التابعة لها .

وعليه فإنه يمكن القول أن الإدارة عندما تتعاقد مع الطرف الأخر من خلال عقد الـ B.O.T فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يتضمن العقد شرط اللجوء إلى التحكيم ولكن يجب أن تراعى الشروط التي اشترطها القانون والتي تتمثل بما يلي : ([2])

---

1 حكم محكمة استئناف عمان رقم ٢٠٠٤\١٦٤تاريخ ٢٠٠٥\٢\١٤،غير منشور،مشار إليه في،العبادي،وليد،**بحث بعنوان أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية**،مجلة دراسات،علوم الشريعة والقانون،المجلد (٣٤) العدد الثاني ص٨٨.

2 انظر المادة التاسعة من القانون رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ وأيضا النعيم، محمد احمد عبد(٢٠٠٢)،**حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية،دراسة مقارنة**، القاهرة :دار النهضة العربية، ، ،ص ٦٢.

١. أن يكون الاتفاق على التحكيم صادرًا من شخص طبيعي أو اعتباري يملك التصرف بحقوقه؛ حيث تم بيان الشخصية الحكمية للإدارة من مواد القانون المدني رقم١٥١.

٢. لا يكون التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح مثل المسائل التي تتعلق بالنظام العام المدني كالتي تتعلق بالأهلية والميراث فهي أمور لا يجوز فيها الصلح وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم وإذا تم الاتفاق على التحكيم فيها فإنه يكون باطلًا لذلك نجد المشرع في المادة الثالثة من ذات القانون اقتصر على جواز التحكيم في الأمور المدنية والتجارية.

٣. أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإذا لم يتوافر شرط الكتابة اعتبر اتفاق التحكيم باطلا بغض النظر عن وسيلة الكتابة سواء من خلال رسائل أو فاكس أو غيرها، فجميعها تعتبر وسائل مكتوبة، وعليه فإنه إذا اتفق الأطراف على إحالة العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية تتضمن شرط التحكيم فيشترط هنا أن تكون الإحالة واضحة حتى يعتبر هذا الشرط جزءًا من العقد، وأيضا إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع أمام المحكمة فيجب على المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم ويعتبر مثل ذلك القرار اتفاق تحكيم مكتوب([1]).

٤. يجب أن يتم تشكيل هيئة تحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتم الاتفاق على عدد المحكمين، فإن عددهم يجب ان يكون ثلاثة محكمين وفي حال تعدد هؤلاء المحكمين فان عددهم يجب ان يكون وترا وبخلاف ذلك فان التحكيم يكون باطلًا [٢] .

ويلاحظ هنا أن الدولة إذا تعاقدت بنظام الـ B.O.T وأرادت إدراج شرط تحكيم في هذا العقد فإنه يجب عليها أن تلتزم بالشروط السابقة حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا، بالإضافة إلى أن هيئة التحكيم يجب عليها أن تطبق على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة عندها تطبق القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، وفي حال لم يتم الاتفاق بين الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق فإن هيئة التحكيم يجب عليها تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، علمًا بأن هيئة التحكيم ملزمة بمراعاة شروط العقد موضوع النزاع والأعراف الجارية والعادات التي جرى العمل بها بين الطرفين وهنا لابد من الإشارة بأن هيئة التحكيم

---

1 انظر المادة (١٠) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.
2 المادة (١٤) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

يجوز لها إذا اتفق الأطراف صراحة على تفويضها بالصلح أن تقوم بالفصل بذلك النزاع بمقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون أن تتقيد بأحكام القانون الذي يحكم ذلك العقد[1].

أما فيما يتعلق بحجية حكم هيئة التحكيم فإن حكمها نهائيا غير قابل للطعن بأية طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنية، ولكن يجوز لأي طرف في ذلك النزاع رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقًا للأحكام المبينة في المواد (٤٩،٥٠،٥١) من قانون التحكيم الأردني [2].

ولكن يؤخذ على نص المادة (٥١) من قانون التحكيم الأردني التي جاء فيها– " إذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعيا وإذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلا للتمييز خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على القرار القطعي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم"– أنها حرمت المحكوم عليه بالطعن في قرار محكمة الاستئناف الصادر بتأييد قرار التحكيم؛ حيث اعتبرت أن هذا القرار قطعيًا، في حين أنها منحت المحكوم له حق الطعن في القرار الصادر من محكمة الاستئناف في حال صدور قرارها ببطلان حكم التحكيم أي أنها لم تساو في الحقوق المقررة بين المحكوم عليه والمحكوم له، مما دعا المحكمة الدستورية إلى القرار بأن هذا المادة غير دستورية[3].

---

1 انظر المادة (٣٦) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١

2 انظر المواد (٤٩،٥٠،٥١) من قانون التحكيم الأردني.

3 قرار المحكمة الدستورية الأردنية رقم ٢٠١٣/٢ (هيئة عامة) تاريخ ٢٠١٣ /٤/٣ ، المنشور على الصفحة ١٧٦١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٥٢١٧ بتاريخ ٢٠١٣/١/١الذي جاء فيه "يستفاد من المادة (٥١) من قانون التحكيم أنها حرمت المحكوم عليه من الطعن في قرار محكمة الاستئناف الصادر بتأييد قرار التحكيم واعتبر قرارها في هذه الحالة قطعيا، في حين أن المادة ذاتها منحت المحكوم له حق الطعن في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف في حال صدور قرارها ببطلان حكم التحكيم. ويستفاد من المادة (١/١٢٨) من الدستور = = أنه أقام سياجًا فرض الحماية للحقوق والحريات على اختلافها لمنع الالتفاف عليها، وأن الصلاحية المعطاة للمشرع بتنظيم استعمال هذه الحقوق بموجب القوانين يمكن اعتباره تفويضًا للمشرع بتنظيم استعمال الحقوق بشكل لا ينال من جوهر هذه الحقوق أو المساس بها. إذ أن إجراءات تنظيم ممارسة هذه الحقوق لا يجوز أن تنال من الضوابط التي نص عليها الدستور أو تنال من الحقوق المنصوص عليها في المادة (١/١٢٨) منه سواء بنقضها أو انتقاصها. بمعنى أن سلطة المشرع هذه لا يجوز لها أن تتجاوز التنظيم إلى إهدار الحق أو مصادرته بأي شكل من الأشكال ، فإذا حصل التجاوز كان ذلك خروجًا على أحكام الدستور. وإن حق التقاضي مبدأ دستوري أصيل ، حيث ترك للمشرع العادي أمر تنظيم هذا الحق شريطة مراعاة الوسيلة التي تكفل حمايته والتمتع به وعدم الانتقاص منه ، بل تمكين المواطنين من ممارسة حرياتهم وحقوقهم بما في ذلك حق التقاضي على درجتين (إذا كان موضوع النزاع المطروح يقتضي ذلك) ، وإلا كان متجاوزًا لحدود التفويض ومخالفًا لروح الدستور الذي يضمن تمكين المواطن من استنفاذ كافة الطرق والوسائل التي تضمن له حقوقه بشكل كامل ومنها حق التقاضي على درجتين. وحيث أن الجهة المدعية تنعى على النص الطعين أنه إذ يمنح (المحكوم له) حق الطعن تمييزًا في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف إذ قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم في حين حرم النص المحكوم عليه من الطعن تمييزًا في قرار محكمة الاستئناف إذا قررت تأييد حكم التحكيم وأمرت

ومما تجدر الإشارة إليه إلى أن عقود الـــ B.O.T إذا كانت تتعلق بعقار معين أقيم أو انشأ داخل الأردن، فإن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القانون الأردني أي القواعد الموضـــوعية فـــي القانون الأردني، وذلك امتثالًا للقاعدة القانونية التي تنص على أن قانون موقع العقار هو القانون الواجب التطبيق على النزاعات المتعلقة بالعقار وأيضا تنفيذًا لنص المادة (٢٠) مـــن القـــانون المدني الأردني.

خلاصة القول نجد أن المشرع الأردني كان من أوائل الدول العربية التي قننت التحكـــيم من خلال القانون رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ وأيضًا جاء القانون رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ ليكـــون أكثر تطورًا حيث تم النص فيه صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية والتي من ضمنها عقد الـــ B.O.T من خلال تنظيم المشرع في هذا القانون جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم وحدد الشروط الواجب توافرها لصحة اتفاق التحكيم والإجراءات الواجب إتباعها لحل النزاع.

بتنفيذه. وحيث أنه وإن كان الأصل في سلطة المشرع في موضوع تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور ممارستها بضوابط تحد من إطلاقها ، فإن السلطة التشريعية إذ يعهد إليها بتنظيم موضوع معين فإن القواعد القانونية التي تصدر عنها في هذا النطاق لا يجوز أن تنال من الحقوق التي كفل الدستور أصلها سواء بنقضها أو انتقاصها من أطرافها ، وإلا كان ذلك عدوانا وإهدارًا لمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص. ذلك أن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون المنصوص عليه في المادة (١/٦) من الدستور يعتبر الركيزة الأساسية للحقوق والحريات وأساسًا للعدل والسلم الاجتماعي وأن غايته صون الحقوق والحريات في مواجهة التمييز ووسيلة لتقرير الحماية المتكافئة التي لا يجوز التحيز فيها بين المراكز القانونية المتماثلة للمتقاضين. وحيث أنه من المقرر في القضاء الدستوري أن الناس لا يتمايزون فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم ، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية عينها، ولا في ضمانة الدفاع التي يكفلها الدستور أو المشرع للحقوق التي يدعونها، ولا في اقتضائها ولا في طرق الطعن التي تنظمها بل يجب أن يكون للحقوق عينها قواعد موحدة سواء في مجال التداعي بشأنها أو الدفاع عنها أو الطعن في الأحكام التي تتعلق بها أو التظلم في القرارات الصادر فيها. كما أنه من المقررة كذلك أن طرق الطعن في الأحكام أو التظلم منها أو القرارات الصادرة في الخصومة، لا تعتبر مجرد وسائل إجرائية ينشئها المشرع ليوفر من خلالها سبل تقويم اعوجاجها، بل هي في واقعها أوثق اتصالا في الحقوق التي تتناولها سواءً في مجال إثباتها أو نفيها، ليكون مصيرها عائدًا أصلًا إلى انغلاق هذه الطرق أو انفتاحها ، وكذلك إلى التمييز بين المواطنين الذين تتماثل مركزاهم القانونية في مجال النفاذ إلى فرصها. وبناءً على كل ما سبق فإن المحكمة تجد أن الطعن على عدم دستورية الفقرة المتضمنة حرمان المحكوم عليه من الطعن في قرار محكمة الاستئناف الصادر بتأييد حكم المحكمين واقع في محله الأمر الذي يترتب عليه اعتبار هذه الفقرة من المادة (٥١) من قانون التحكيم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ مخالفة لأحكام المادة (١/٦) والمادة (١/١٢٨) من الدستور ، وعليه تقرر المحكمة عدم دستورية هذه الفقرة من هذه المادة،منشورات مركز عدالة www.adaleh.com

المبحث الثالث

تحكيم عقود الـ B.O.T وفقا لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها المبرمة في نيويورك ١٩٥٨

إن الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الأردن لعبت دورًا كبيرًا في تحكيم عقود الـ B.O.T ؛ لأن هذه المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها لها قيمة أعلى من قيمة القوانين العادية، وفي حال أن الأردن صادق على المعاهدات التي تجيز اللجوء إلى التحكيم فإن ذلك يؤكد وجهة النظر التي تبنيناها حول جواز التحكيم في العقود الإدارية؛ لأن العقود الإدارية ممكن أن تبرم لتحقيق غرض اقتصادي أو تجاري حسب الهدف من العقد، وعليه فإنه إذا كان هنالك أي تعارض بين حكم معين وارد في اتفاقية ما مصادق عليها من قبل الأردن مع أحد قواعد القانون الداخلي فإن الأولوية في التطبيق إلى الاتفاقية الدولية حتى لو صدر القانون بعد المصادقة على الاتفاقية[١] سيما أن هناك التزام على الدولة عندما تصادق على أي معاهدة أن تقوم بموائمة تشريعاتها الداخلية لتتناسب مع تطبيق هذه المعاهدة.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة الثانية من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة (١٩٥٢) قد ساوت بين الأحكام الأجنبية الصادرة من محاكم أجنبية والأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم من خلال تطبيق معيار مكان صدور الحكم، ومن خلال ضرورة توافر الشروط الشكلية والموضوعية في الحكم واكتسابه درجة القطعية كشرط لتنفيذه بالإضافة إلى عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة في المملكة الأردنية الهاشمية وتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل وأن يكون الحكم قابلًا للتنفيذ في البلد الذي صدر منه كقرار صدر من المحكمة في ذلك البلد[٢].

ومن الجدير بالذكر أن الأردن ارتبط بالعديد من الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي يمكن الاستناد عليها في تحكيم عقود ألـ B.O.T سواء تعلقت هذه الاتفاقيات بتنفيذ أحكام قضائية إقليمية أو دولية؛ لأن مجرد انضمام الأردن لهذه المعاهدات المصادقة عليها فإنهما تعتبر واجبة التنفيذ في حال تذرع بها أي طرف من أطراف العقد محل الدراسة في حال نشوء نزاع على تنفيذ ذلك العقد وفي هذا المقام لا يسعنا تناول جميع هذه الاتفاقيات والمعاهدات إلا أننا سوف

---

(1) تميز حقوق رقم ١٩٩١/٣٨، نقابة المحامين الأردنيين، سنة (٤٠)، عدد (١٠) و(١١)، ص ١٧٣٧ الذي نص على "استقر قضاء محكمة التميز على القوانين المحلية سارية المفعول هي الواجبة التطبيق ما لم يرد في معاهدة أو اتفاق دولي مما يخالف هذه القوانين، وهذه القاعدة لا تتأثر بأسبقية القانون المحلي أو أسبقية الاتفاقية الدولية.

(2) المادة الثانية والسابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم (٨) لسنة (١٩٥٢).

نتناول اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها المبرمة في نيويورك عـــام ١٩٥٨، حيث انظم الأردن لهذه الاتفاقية في ١٥ تشرين ثاني عام ١٩٧٩[١].

إن ازدياد حركة التحكيم التجاري الدولي عقب الحرب العالمية الثانية أدى إلـــى تنـــامي الحاجة لدى معظم الدول في البحث عن نظام تحكيم يتسم بالحداثة والمرونة، وقادر على مواكبة التطور السريع في الإقبال على التحكيم التجاري وإيجاد حلول تناسب جميع الأطراف سواء دول مضيفة لعقود التنمية الاقتصادية أو الأطراف الراغبين بالتعاقد مع هذه الدول بمثل هذا النوع من العقود بالإضافة إلى أن تنفيذ الأحكام في إطار اتفاقية جنيف لعام (١٩٢٧)[٢] وبروتوكول جنيف (١٩٢٣)[٣]، كانا يتسمان بصعوبة التطبيق والتنفيذ هذا من جهة ومن جهة أخرى لم تكن أعـــداد الدول التي صادقت على هذه الاتفاقية كبير سيما وأن الدول صاحبة الدور الكبير فـــي التجـــارة الدولية لم تصادق عليها مثل الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي[٤].

ونتيجةً للأسباب السابقة فقد تم إقرار اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيـــذ أحكـــام الأجنبية من خلال المؤتمر الذي انعقد في نيويورك عام ١٩٥٨ حيث نصت المادة (٧) الفقـــرة (٢) منها "يوقف سريان أحكام بروتوكول جنيف واتفاقية جنيف المتعلقة بتنفيذ أحكـــام التحكـــيم الأجنبية فيما بين الدول المتعاقدة، اعتبارًا من ارتباط الدول بهذه الاتفاقية"[٥].

حددت هذه الاتفاقية نطاق تطبيقها في الفقرة الأولى من المادة الأولى الفقرة[٦] والتي جاء في "تسري أحكام الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير التـــي يطلـــب إليهـــا

1 صادر الأردن على هذه الاتفاقية بموجب صدور الإرادة الملكية السامية بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم ٦٦٧٨ بتاريخ ١٩٧٩/٧/٨ وقد نشرت في الجريدة الرسمية في العدد رقم (٣٥٨٥) الصادر بتاريخ ١٩٨٨/١١/١٦،ص٢١٩٥،ومن الدول العربية التي انضمت إلي اتفاقية نيويورك كل من مصر والبحرين والكويت والمغرب وتونس وسوريا وجيبوتي والجزائر.

2. تتألف هذه الاتفاقية من إحدى عشرة مادة وقد نصت المادة السادسة منها على أ"هذه الاتفاقية لا تطبق إلا على أحكام التحكيم الصادرة بعد نفاذ البروتوكول المتعلق بشروط التحكيم (جنيف ١٩٢٣)

3 أقرت عصبة الأمم هذا البروتوكول في ٢٤ أيلول وقد صادقت عليه ٥٣ دولة ،ويتكون من ثمانية مواد إلا أن عصبة الأمم لم تكتفي بما أعدته من قواعد في هذا البروتوكول مما دفعها إلى إيجاد قواعد مكمله لهذا البروتوكول ،حيث أقرت في جنيف في ٢٦ أيلول ١٩٢٧ اتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .راجع في ذلك مجموعة المعاهدات والاتفاقيات المعقودة بين العراق والدول الأجنبية(١٩٧٣) ،وزارة الخارجية العراقية :دار الحرية للطباعة ،الجزء الثالث ،ص٨٩

(4) . سامي، فوزي محمد (١٩٩٢)، **التحكيم التجاري الدولي**، عمان :دار الثقافة للنشر والتوزيع، (ط ٢) ص ٣٦.

(5) المادة (٧) اتفاقية من الاتفاقية.

(6). سامي، فوزي محمد ، **التحكيم التجاري الدولي** ،المرجع سابق، ص ٣٨.

الاعتراف وتنفيذ الحكم على إقليمها، كما تسري على الأحكام الصادرة في الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الأحكام فيها إذا لم يعتبر الحكم وطنيًا وفقًا لقانون الدولة ذاتها"[1].

يتبين لنا من المادة السابقة أن هذه الاتفاقية تأخذ بمعيار مكان صدور الحكم لاعتباره أجنبيًا بالنسبة للدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها هذا من جهة، ونجد أن الاتفاقية حددت معيارًا آخرًا يقوم على معرفة موقف الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها، فإذا اعتبرته الدولة أجنبيًا بالنسبة لقانونها الوطني من جهة أخرى ولذلك يعتبر الحكم أجنبيًا بنظر الاتفاقية حتى لو صدر داخل هذه الدولة، لأن معيار ذلك هو نظرة القانون الوطني لذلك الحكم.

ومثال على المعيار الثاني الذي أخذت به الاتفاقية ما نصت عليه المادة (١٤٩٢) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، عندما اعتمدت هذه المادة على المعيار الاقتصادي لتحديد فيما إذا كان حكم التحكيم دوليًا أم لا حيث اعتبرت أن التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية هو تحكيم دولي حتى لو صدر في فرنسا ولا يعتبر تحكيمًا وطنيًا [2].

ويلاحظ إلى نطاق هذه الاتفاقية يتسم بالمرونة ومواكبة متطلبات التجارة الدولية بالإضافة إلى أنه يعطي نطاقًا أوسع عند تطبيق نظام التحكيم في عقد الـB.O.T، لأن هذه الاتفاقية لا تشترط في تطبيق حكم التحكيم أن يكون صادرًا من دولة منضمة إليها، ولكن يجب أن تكون الدولة المطلوب تنفيذ الحكم فيها مصادقة على هذه الاتفاقية، إلا أن الفقرة الثالثة من المادة الأولى تحدثت عن مبدأ المعاملة بالمثل الذي بمقتضاه تستطيع أي دولة عند التصديق أو التوقيع على المعاهدة إبداء تحفظًا تحصر بموجبه تطبيق نصوص الاتفاقية على أحكام التحكيم التي تصدر في دولة منضمة إلى الاتفاقية وفقًا لمبدأ المعاملة بالمثل[3].

ويمكن القول أن أحكام هذه الاتفاقية تسري على عقود ألـ B.O.T لأن الفقرة الأولى من المادة الأولى تحدثت عن سريات نصوص هذه الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بخصوص منازعات وخلافات ناشئة عن العلاقات بين أشخاص طبيعيين أو أشخاص معنويين، وكما قلت سابقًا أن الدولة كشخص معنوي يمكن أن تتعاقد مع أي طرف آخر لإبرام عقد ألـ B.O.T وعليه فإن نطاقها يشمل العقود الإدارية بشكل عام وعقد ألـ B.O.T بشكل خاص.

---

(1) راجع في ذلك:ابراهيم،احمد ابراهيم (١٩٨١)،تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ،المجلة المصرية للقانون الدولي عدد (٣٧)،ص٤٠.

(2) سامي، فوزي محمد ، **التحكيم التجاري الدولي** ،المرجع سابق، ص ٣٨.

(3) شفيق، محسن(١٩٩٧)، **التحكيم التجاري الدولي**، دار النهضة العربية النشر والتوزيع، ، ص ٣٣٤.

يشار إلى أن هذه الاتفاقية حددت الشروط الواجب توافرها في اتفاق التحكيم بـــالفقرة الأولـــى المادة الثانية التي جاء فيها "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الـــذي يلتـــزم بمقتـــضاه الأطراف أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة والتي قـــد تنـــشأ بيـــنهم بـــشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم"[١].

وكذلك نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه "يقصد بالاتفاق المكتوب، شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم وقعته الأطراف أو تضمنته رسائل أو برقيات متبادلة بينهم"[٢].

يتبين لنا من النصوص السابقة أن الاتفاقية اشترطت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا حتى تسري عليه أحكام هذه الاتفاقية سواء كان موضوع النزاع يتعلق بالتزامات تعاقديـــة أو غيـــر تعاقدية، وأيضًا تبين لنا أن الاتفاقية تعترف وتقر بشرط التحكيم ومشارطة التحكيم كاتفاق على التحكيم وما يدل على ذلك ما نصت عليه عندما أشارت في الفقرة الأولى من المادة الثانية سالفة الذكر عبارة "كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ "، أي أن الاتفاق المكتوب ممكـــن أن يكون قبل نشوب النزاع وهو شرط تحكيم أو بعد النزاع وهو مشارطة التحكيم، حتـــى لـــو كانت الدولة المنضمة إلى هذه الاتفاقية تجيز الاتفاق الشفوي على التحكيم فإنها يجب عليهـــا إذا أرادت أن تطبق أحكام هذه الاتفاقية أن تقوم بكتابة اتفاقية التحكيم.

ونلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة السابقة قد حددت صور ذلك الاتفاق المكتوب سواء من خلال رسائل يمكن تبادلها بين أطراف ذلك العقد أو برقيات، أي أنها وسعت من الصور التـــي يكون عليها ذلك الاتفاق المكتوب.

ومن الشروط التي يمكن أن نستنتجها من المواد السابقة شرط يتعلق بموضوع ذلك النزاع بحيث يكون من المسائل التي يجوز فيها التحكيم والمعيار في ذلك لمعرفة فيما إذا كان النـــزاع يمكن حله بالتحكيم أم لا، هو قانون الدولة التي يراد تنفيذ ذلك الحكم في إقليمهـــا لأن مواقـــف الدول متباينة حيال ذلك الأمر فبعض الدول قد تجيز التحكيم في مسألة معينة في حين قد نجـــد دولًا أخرى لا تجيز اللجوء إلى التحكيم في هذه المسألة ، وعليه فإن الاتفاقية لم تحدد المـــسائل التي يجوز أو لا يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم لأن قانون الدولة المعنية بتنفيذ الحكم هو الفيصل في ذلك.

---

(1) المادة ٢ فقرة (١) الاتفاقية.
(2) المادة ٢ فقرة (٢) من الاتفاقية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن محاكم الدول المنضمة إلى الاتفاقية ومنها الأردن في حال تم عرض نزاع عليها وتشمله أحكام تلك الاتفاقية وأن أطراف النزاع قد اتفقوا على شمول أحكام الاتفاقية لمنازعات ذلك العقد، فإنه يتوجب على تلك المحاكم أن تحيل هــؤلاء الأطــراف إلــى التحكيم بناءً على طلب أحد الأطراف، إلا إذا تبين أن ذلك الاتفاق باطلًا أو يستحيل تنفيــذه أو تطبيقه وهذا ما تم النص عليه في الفقرة الثالثة من المادة الثانية التي جاء فيها "يتوجــب علــى محكمة البلد المتعاقد التي تقام لديها قضية ذات علاقة باتفاقية معقودة بين الفرقاء ضمن منطوق هذه المادة أن يحيل ذلك النزاع إلى التحكيم وذلك بطلب من أحد الفرقاء إلا إذا تبين إلى المحكمة بأن تلك الاتفاقية لاغيه وباطلة، أو أنها غير ملزمة، أو أنه ليس بالإمكان تنفيذها[١].

وبالرجوع إلى قانون التحكيم الأردني رقم لسنة ٢٠٠١ نجده يجيز التحكيم فــي العقــود الإدارية ومنها عقد محل الدراسة، وعليه فإنه إذا تم الاتفاق بين أطراف عقد الــ B.O.T علــى اللجوء إلى التحيكم من خلال هذه الاتفاقية فإنه يجب الإلتزام وإحالة النزاع إلى التحكيم حــسب أحكام هذه الاتفاقية.

إلا أن اتفاقية نيويورك اشترطت إرفاق مجموعة من الوثائق في الحكم المراد تنفيذه في إحــدى الدول وهي:

١. أصل الحكم الخاص بالتحكيم، مصدق أو صورة للحكم مستوفية لشروط التصديق.
٢. أصل الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية سواء شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم أو صورة مستوفية لشروط التصديق.

وفيما يتعلق بلغة الحكم فإن الاتفاقية قررت في المادة الثانية أن يكون الحكم مكتوبًا باللغة الرسمية للبلد الذي يراد تنفيذ الحكم على إقليمه، وإن لم يتوافر ذلك فإنها أوجبت علــى طالــب التنفيذ أن يقدم ترجمة رسمية للوثائق السابقة في تلك اللغة العائدة لذلك البلد ويجــب أن تكــون الترجمة مصدقة بواسطة مترجم رسمي أو مترجم محلف أو مــن قبــل جهــة دبلوماســية أو قنصلية[٢].

---

(1)سامي، فوزي، **التحكيم الجاري الدولي**، مرجع سابق، ص ٤١، ١٧٦، وأيضًا د. إبراهيم، أحمد إبراهيم، **التحكيم الدولي الخاص** ،(ط٣) القاهرة:دار النهضة العربية، ص٢٦٧.
(2) أنظر المادة الرابعة فقرة (١) + (٢) من الاتفاقية.

علمًا بأن قانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها إذا نص على شروطًا أخرى إضافية فإن مقدم الطلب يجب أن يلتزم بذلك لأن ذلك الحكم سيتم تنفيذه وفقًا لقانون الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها وتسري عليه نفس الإجراءات المتبعة لتنفيذ الأحكام في ذلك البلد[١].

أما بالنسبة لأسباب وقف تنفيذ الحكم وفقًا لهذه الاتفاقية فقد وردت على سبيل الحصر منها أسباب لا يجوز الاستناد إليها ليتم رفض تنفيذ الحكم إلا إذا طالب بها الخصم الذي صدر الحكم ضده، وهو المدعى عليه في طلب التنفيذ وأسباب يجوز للجهة التي قدم إليها طلب تنفيذ الحكم أن تقوم من تلقاء نفسها برفضه حتى لو لم يطلب ذلك أحد الخصوم.

أما بالنسبة للنوع الأول من هذه الأسباب فقد حددته الفقرة الأولى من المادة الخامسة وهي[٢]:

١. نقص أهلية أحد الخصوم وفقًا للقانون واجب التطبيق على هذه الأهلية.
٢. بطلان اتفاق التحكيم وفقًا للقانون الذي اختاره الخصوم (قانون الإرادة) أو وفقًا لقانون الدولة التي صدر فيها قرار التحكم إذا لم يتفق الخصوم على اختيار قانون آخر.
٣. عدم إعلان الخصم (المدعى عليه) بتعيين المحكم أو بافتتاح إجراءات التحكيم أو قيام مانع آخر حال دون تقديم دفاعه.
٤. الفصل في مسألة لم يرد ذكرها في اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود مسألة وورد ذكرها فيه إلا إذا تبين أن الحكم قد أنصب على بعض المسائل التي تم الاتفاق على شمولية التحكيم فيها ويمكن فصلها من المسائل الأخرى عندها يجوز الاعتراف وتنفيذ الفقرات التي شملها هذا القرار.
٥. إذا كانت تشكيلة هيئة التحكيم تخالف ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف أو خالفت إجراءات التحكيم ذلك، أو إذا خالفت إجراءات التحكيم أو تشكيل هيئة التحكيم قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم في حالة لم يتم الاتفاق بين الأطراف على إجراءات معينة للتحكيم.
٦. إذا لم يصبح الحكم ملزمًا للأطراف بعد أو أنه أبطل أو أوقف العمل به من قبل السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه الحكم طبقًا لقانون ذلك البلد.

---

(1) شفيق، محسن، **التحكيم التجاري الدولي** ،مرجع سابق، ص ٣٤٣.

(2)سامي يوسف، مرجع سابق، ص ٤٥، وأيضًا ، راشد، سا مية **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة**، مرجع سابق، ص ٤١٨. وأيضًا إبراهيم أحمد إبراهيم، (٢٠٠٠) **التحكيم الدولي الخاص** ، مرجع سابق ،ص ٢٧٤.

وفيما يتعلق بالنوع الثاني الذي يجوز للسلطة المختصة وقف تنفيذ الحكم من تلقاء نفسها فقد قررت الاتفاقية سببين يمكن الاستناد إليهما في ذلك السبب الأول: إذا كان موضوع النزاع الذي صدر فيه القرار المراد تنفيذه من المسائل التي لا يجوز حلها بالتحكيم؛ لأنه كما قلنا سابقًا فإن موقف الدول متباينة حيال ذلك فمنها ما هو متشدد في اللجوء إلى التحكيم ومنها ما هو غير متشدد ويجيز التحكيم في جميع المسائل[١]،أما السبب الثاني فهو إذا كان الاعتراف بتنفيذ ذلك الحكم يتعارض مع قواعد النظام العام في ذلك البلد المراد تنفيذ الحكم فيه، وعليه فإن فكرة النظام العام تختلف من بلد إلى بلد وهذه الاتفاقية أعطت القاضي الوطني سلطة تقديرية للاعتراف وتنفيذ الحكم والبت فيها إذا كان يخالف النظام العام أم لا الأمر الذي يترتب عليه الاعتراف بالحكم أو رفض تنفيذه[٢].

ويلاحظ أن المادة السادسة من الاتفاقية أعطت للسلطة المختصة في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه صلاحية تأجيل تنفيذ ذلك الحكم إذا قدمت دعوى ببطلانه وإلغائه أمام السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم لحين البت في دعوى البطلان أو الإلغاء، أي أن الصلاحيات الممنوحة للسلطات في الدولة المراد تنفيذ الحكم فيها هي التأجيل فقط دون رفض تنفيذ الحكم إذا لم يتم البت بموضوع دعوى البطلان.

وعليه بعد أن بينا ماهية عقود البناء والاستغلال والتسليم الـ B.O.T والطبيعة القانونية له ووسائل التسوية القضائية في القانون المقارن والقانون الأردني بالإضافة إلى تسليط الضوء على تحكيم العقد محل الدراسة في القانون المقارن والقانون الأردني، بالإضافة إلى تحكيم عقود الـ B.O.T وفقا لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها المبرمة في نيويورك ١٩٥٨ آملين من الله عز وجل أن نكون قد وفقنا بإضافة الشيء اليسير حول هذا الموضوع خاصة عندما درسنا النظم القانونية المقارنة.

---

(1) بعض الدولة تجيز التحكيم بشكل عام مع وجود استثناءات على سبيل الحصر مثل الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وسويسرا وهولندا وألمانيا، وبعض الدول تعتبر التحكيم وسيلة استثنائية وبالتالي توسع في نطاق المسائل التي لا يجوز فيها التحكم مثل الدول العربية، اليونان، إيران، المكسيك، ودول أخرى أخذت منحى آخر يعتبر وسطي نوعًا ما فهي حددت المسائل التي يجوز فيها التحكيم من خلال نصوص قانونية وحددت مسائل لا يجوز فيها التحكيم من خلال اجتهادات قضائية أرست هذه القواعد،راجع في ذلك فؤاد ، رياض، د. سامية راشد، **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية** ،ص ٣٩٤.

(2) حسين، محسن، مرجع سابق، ص٣٤٨.

الخاتمة

من خلال دراستنا السابقة للتسوية القضائية وغير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد الـ (BOT) في ظل كل من التشريع الفرنسي والمصري والأردني تبين لنا مفهوم هذه العقود حيث يقوم المستثمر سواء وطني أو أجنبي بالتعاقد مع الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة من اجل إنشاء مرفق عام من مرافق الدولة وتتعلق بإحدى الخدمات الأساسية المقدمة للأفراد سواء في قطاع النقل أو الصحة أو التعليم حيث يقوم ذلك المستثمر ببناء المرفق العام ومن ثم استغلاله فترة من الزمن وهي مدة ذلك العقد ثم يقوم بتسليمه للدولة بحالة جيده تسمح باستمرار استغلاله؛ حيث يتلقى المستثمر أرباحا طيلة مدة العقد مقابل ما أنفقه من اجل إنشاء ذلك المرفق العام ، وقمنا بإثبات الطبيعة الإدارية لذلك العقد من خلال إسقاط شروط العقد الإداري التي نص عليها الفقه في كل من الدول محل الدراسة، وتبين لنا أن هذه العقود تخضع لجهة القضاء الإداري في نظر المنازعات المتعلقة بها في كل من التشريع الفرنسي والمصري من خلال مجلس الدولة أو المحاكم الإدارية بالنسبة للتشريع الفرنسي وتقع ضمن اختصاص مجلس الدولة بالنسبة للتشريع المصري، أما التشريع الأردني فقد أبقى اختصاص نظر هذه المنازعات إلى القضاء العادي وليس القضاء الإداري؛ لأن قانون القضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة (٢٠١٤) اخرج هذه العقود من دائرة اختصاص القضاء الإداري وأبقاها ضمن اختصاص القضاء العادي.

حيث تبين لنا أيضا اختصاص القانون الوطني للدول محل الدراسة لنظر المنازعات المتعلقة بالعقد محل الدراسة بالإضافة إلى اختصاص القضاء الوطني لنظر المنازعات المتعلقة به ، وخلص الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وهي على النحو الآتي:

أولًا : النتائج

- العقد الإداري يجب أن تتوافر فيه عدة عناصر لاعتباره عقدًا إداريًا وهي أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنويًا من أشخاص القانون العام، وأن يكون موضوع العقد متعلق بمرفق عام من مرافق الدولة، وأن تتبع الإدارة أسلوب القانون العام من خلال تضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وأن العقد محل الدراسة يعتبر التطور الطبيعي لعقد امتياز المرافق العامة وهو ذو طبيعة إدارية؛ لأنه يتعلق بتسيير نشاط مرفق عام من مرافق الدولة، حيث تبرمه الدولة لتحقيق نفع عام يعود على الأفراد وتتبع في إبرامه أساليب القانون العام من خلال طريقة إبرامه والامتيازات الممنوحة للطرف الآخر

- اختصاص القضاء الوطني في الدول محل الدراسة لنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد في حال إتباع وسائل التسوية القضائية؛ لأن موضوع العقد يتعلق بمرفق عام أي عقار داخل الأقاليم الجغرافية للدول محل الدراسة حتى لو كان الطرف المتعاقد مع الدولة شخصًا أجنبيا هذا من ناحية ومن ناحية أخرى لأن أطراف العقد أشخاصًا وطنيين وبالتالي يخضعون لمحاكم الدول محل الدراسة .

- اختصاص القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر لنظر المنازعات المتعلقة بالعقد محل الدراسة، بينما في الأردن فإن الجهة المختصة هي القضاء العادي، بالرغم من أخذ النظام القانوني الأردني بنظام القضاء المزدوج على غرار التشريع الفرنسي والمصري، إلا أن منازعات العقود الإدارية لا تدخل ضمن اختصاص القضاء الإداري الأردني وذلك وفقًا لقانون القضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤.

- القانون الوطني هو القانون واجب التطبيق على منازعات هذا العقد في الدول محل الدراسة نظرًا لارتباط العقد بإنشاء مرفق عام داخل إقليم الدول محل الدراسة تطبيقًا للقاعدة العامة في أغلب التشريعات ومنها تشريعات الدول محل الدراسة التي تنص على أن قانون موقع العقار هو الذي يحكم المنازعات المتعلقة بذلك العقار.

- هنالك عدة وسائل غير قضائية لتسوية المنازعات المتعلقة بذلك العقد ومن أهمها وسيلة التحكيم، حيث تجيز قوانين الدول محل الدراسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية بشكل عام وعقد الـB.O.T بشكل خاص سواء مباشرة في قوانين التحكيم كما في مصر والأردن أم بشكل غير مباشر من خلال تشريعات استثنائية كما في فرنسا.

- التشريع الفرنسي نص على جواز التحكيم في العقد محل الدراسة بشرط أن يكون الطرف المتعاقد مع الدولة شخص أجنبي، وأن يكون الهدف من العقد تحقيق منفعة قومية وضمن مشارطة تحكيم وبعد موافقة مجلس الوزراء على ذلك، أما التشريع المصري والأردنـــي فقد أجاز التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام والعقد محل الدراسة بشكل خاص ســـواء كان الطرف المتعاقد مع الدولة شخصًا وطنيا أم شخصًا أجنبيا ولم يشترط موافقة مجلس الوزراء وسواء تم الاتفاق على التحكيم من خلال شرط تحكيمي أم مشارطة تحكيم .
- يجب على هيئات التحكيم وفقًا للقواعد العامة في الدول محل الدراسة أن تطبق القـــانون الوطني لهذه الدول عند نظر المنازعات المتعلقة بالعقد محل الدراسة لأن العقـــد يتعلـــق بعقار داخل هذه الدول تطبيقا للقواعد العامة واحترامًا لسيادة هذه الدول على أقاليمها.

ثانيًا : التوصيات

بعد أن درسنا التسوية القضائية وغير القضائية لمنازعات عقود الـــ B.O.T نوصي بالاتي:

- أن تسن التشريعات المناسبة التي تنظم عقود البناء والاستغلال والتسليم الـــ B.O.T بشكل قاعدة دستورية سليمة لها، بحيث تصاغ بشكل نموذجي يراعي مصلحة الدولة ومصلحة المستثمر خاصة، وأن هذه العقود تمس بشكل مباشر الموارد والثروات الطبيعية للدولة أو أحد المرافق العامة فيها.

- أن يتبنى المشرع الأردني نفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي والمصري حول خضوع منازعات العقود الإدارية بشكل عام وعقود الـــB.O.T بشكل خاص لاختصاص القضاء الإداري وليس القضاء العادي من خلال تعديل نصوص القضاء الإداري الأردني يسمح بخضوع هده المنازعات لولاية القضاء الإداري.

- أن يتم النص من قبل المشرع الأردني على ضرورة مراعاة إجراءات خاصة قبل السماح للدولة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام وعقود الـــ B.O.T بشكل خاص وأن يضع شروطا تتضمن مراعاة المصلحة العليا للدولة، مثل اشتراط موافقة مجلس الوزراء والوزير المختص على اللجوء إلى التحكيم بموجب مشارطة تحكيم لكي يتم دراسة ذلك النزاع بشكل سليم ويتم صياغة اتفاق التحكيم بشكل أكثر شمولية تلافيا لأية أخطاء قد تحمل الدولة خسائر كبيرة تماما كما فعل المشرع الفرنسي عند السماح باللجوء إلى التحكيم بهذه العقود.

- أن تعدل بعض نصوص قانون التحكيم الأردني من خلال إفراد فقرة خاصة في المادة (٣) تتعلق بمنازعات العقود الإدارية بشكل يراعي طبيعة هده العقود، وأن لا يعاملها معاملة العقود العادي و نظرا للاختلاف في طبيعة هده العقود ومراعاة عدم المساواة بين أطراف هده العقود .

قائمة المصادر والمراجع

- اتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة علياء.
- أحمد أبو، علاء محيي الدين مصطفى(٢٠٠٨)، التحكيم **في منازعات العقود الإدارية الدولية**،دراسة مقارنة، الازاريط: دار الجامعة الجديدة،.
- بدر، أحمد سلامة،(٢٠٠٣)، **العقود الإدارية وعقد البوت B.O.T**، القاهرة: مكتبة دار النهضة العربية.
- بدوي، ثروت، **النظرية العامة في العقود الإدارية**،القاهرة: دار النهضة العربية .
- التحيوي ،محمود السيد عمر،(٢٠٠٣)،**التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية،.
- الجداوي،احمد قسمت،(١٩٩٥)، **مبادئ القانون الدولي الخاص**،المطبعة التجارية الحديثة.
- جعفر، محمد انس، (٢٠٠٣) **العقود الإدارية**، القاهرة: دار النهضة العربية.
- الجميلي، محمد عبد الواحد،(١٩٩٥)، **ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القانون الفرنسي والمصري**، القاهرة: دار النهضة العربية.
- الحداد، حفيظة السيد،(١٩٩٢)، **الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون واجب التطبيق**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- الحداد، حفيظة السيد،(٢٠٠٤)،**النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي،الكتاب الثاني،الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم**،،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية.
- حداد، حفيظة،(٢٠٠٣)،**العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، منشورات الحلبي الحقوقية.
- حسبو، عمرو احمد، (٢٠٠٢)،**التطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـB.O.T**، الطبعة الأولى، القاهرة: دار النهضة العربية .

- الحسيني، مصطفى عبد المحسن، (٢٠٠٨)،**التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية**، مصر: دار الكتب القانونية.

- الحلو، ماجد راغب،(١٩٧٧)، **القضاء الإداري،مبدأ المشروعية،تنظيم القضاء الإداري،ولاية القضاء الإداري،قضاء الإلغاء، قضاء التعويض، قضاء التأديب،الطعن في الأحكام**، الطبعة الأولى، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

- الحيارى، ماجد احمد عبد الرحيم، (٢٠١٤)، **الآثار الناجمة عن إبرام عقد المقاولة الإنشائية فيديك (١٩٩٩) وطرق تسوية المنازعات الناشئة عنها، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمصري**، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع،.

- الخرس، محمد بن جواد،(٢٠١٢)، **مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية(BOT) دور القطاع الخاص في تنميتها وموقف الاقتصاد الا سلامي** منها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية.

- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، (٢٠٠٥)، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، مصر: دار الكتب القانونية.

- خليفة، عبد العزيز،(٢٠٠٨)، **الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية**، القاهرة: دار الكتاب الحديث.

- خوري، رئيف، **عقد B.O.T والخصخصة في القانون المقارن**، بيروت: المنشورات الحقوقية.

- أبو راس ، محمد الشافعي،(٢٠٠٤)،**القضاء الإداري**،مكتبة النصر،الزقازيق،بدون تحديد طبعة.

- الروبي، محمد،**عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T** الطبعة الاولى، القاهرة: دار النهضة العربية.

- رياض، فؤاد وراشد، سامية، (١٩٩٤)، **تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية**،القاهرة: دار النهضة العربية،.

- سامي، فوزي محمد، (١٩٩٢)،**التحكيم التجاري الدولي**، ط ٢، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

- سري الدين، هاني صلاح (٢٠٠١) **التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية التي يمولها القطاع الخاص**،(ط١)، القاهرة:دار النهضة العربية

- سري، جورج شفيق، **التحكيم مدى جواز اللجوء إليه في العقود الإدارية**،ط ٩٩.

- سلام، احمد رشاد، (٢٠٠٤)**عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T)**، القاهرة: دار النهضة العربية،

- سلامة، احمد عبد الكريم، **مختصر العلاقات الدولية الخاصة**،،**تنازع قوانين، المرافعات الدولية**، القاهرة: دار النهضة العربية،بدون سنة نشر.

- شرف الدين،احمد، (٢٠٠٥)، **تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية في الدول العربية (نماذج عقود الفيديك)** الطبعة الثانية،دار النسر الذهبي للطباعة .

- الشريف ،عزيزة،(١٩٩٢)،**التحكيم الإداري في القانون المصري**،القاهرة:دار النهضة العربية.

- الشريف، عزيزة، (١٩٨١)، **دراسات في نظرية العقد الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة.

- الشطناوي،علي خطار،(٢٠٠٤)، **موسوعة القضاء الإداري**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع .

- شفيق، محسن، (١٩٩٧)، **التحكيم التجاري الدولي**، القاهرة: دار النهضة العربية النشر والتوزيع.

- الشلماني، حمد محمد حمد،**امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية**،دار المطبوعات الجامعية.

- صادق،هشام علي، (١٩٩٣)، **الوجيز في القانون الدولي الخاص**،**تنازع القوانين**،الإسكندرية.

- صباريني، غازي حسن،(٢٠٠٤)، **الوجيز في مبادئ القانون الدولي العام**، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، عمان: دار الثقافة للنشر .

- الطماوي، سليمان محمد، (٢٠٠٥)، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الطبعة الخامسة، القاهرة: دار الفكر العربي.

- الطماوي، سليمان محمد،(٢٠٠٧)، **مبادئ القانون الإداري**،دراسة مقارنـــة،دار الفكـــر العربي بدون تحديد طبعة.

- الطماوي، سليمان محمد،(١٩٩٦)، **القضاء الإداري الكتاب الأول،قضاء الإلغاء**، الطبعة السابعة، مدينة نصر: دار الفكر العربي ٩٤ عباس العقاد.

- عبد القادر، ناريمان ،(١٩٩٦)، اتفاق **التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنيـــة والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤**،ط١، القاهرة: دار النهضة العربية.

- عبد الهادي، بشار جميل،(٢٠٠٥)، **التحكيم في منازعات العقـــود الإداريـــة،دراســـة تحليلية مقارنة**، ط١، عمان:دار وائل للنشر،

- العصار، يسري محمد ،(٢٠٠١)، **التحكيم في المنازعـــات الإداريـــة العقديـــة وغيـــر العقدية**، القاهرة: دار النهضة العربية.

- عصمت، عبدالله،(٢٠٠٣)، **التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي**،كلية الحقوق ،جامعة حلوان ، القاهرة: دار النهضة العربية .

- عطية، محمد أحمد، (٢٠١٢)،**مجلس الدولة تشكيلة واختصاصاته.**

- عكاشة، حمدي ،**العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامـــة** ،بـــدون تحديد طبعة.

- عكاشة، حمدي ياسين،العقود **الإدارية في التطبيق العملي ،المبادئ والأســـس العامـــة** الإسكندرية منشأة المعارف،١٩٨٨.

- علوان، عبد الكريم، (٢٠٠٦) **الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثاني**، القانون الدولي المعاصر،الطبعة الأولى، الإصدار الثاني عمان: دار الثقافة للنشر.

- العنزي، رشيد، (٢٠٠١)**القانون الدولي العام**،الطبعة الثانية ، الكويت: بدون دار نشر.

- عياد، أحمد عثمان، (١٩٧٣)، **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**،الطبعة الأولى، القاهرة: دار النهضة العربية،.

- فانسان هوزيه، بيار ماير، (٢٠٠٨)، **القانون الدولي الخاص**،ترجمة د.علـــي محمـــود مقلد،الطبعة الأولى ، بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

- الفياض، إبراهيم،(١٩٨١)، **العقود الإدارية**،الطبعة الأولى، الكويت: مكتبة الفلاح.
- كمال، محمد،(١٩٩٢)**أصول القانون الدولي الخاص**، الطبعة الثانية، الاسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية.
- كنعان، نواف، **القانون الإداري (الكتاب الثاني)** ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- محمد احمد عبد، (٢٠٠٢)، **حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية**، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية.
- المصري، محمد وليد، (٢٠٠٢)، **الوجيز في القانون الدول الخاص**،دراسة مقارنة، للقانون الدولي مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي،الطبعة الأولى.
- المنشاوي، عبد الحميد،(١٩٩٥)، **التحكيم الدولي الداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤**، الإسكندرية: منشاة المعارف .
- المنشاوي،عبد الحميد،(٢٠٠٧)، **التعليق على قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
- منشورات مركز عدالة.
- مهنا محمد فؤاد،(١٩٧٠)، **حقوق الأفراد ازاء المرافق العامة والمشروعات العامة**، القاهرة: معهد الدراسات والبحوث العربية.
- مهنا، محمد فؤاد،(١٩٧٠)،**حقوق الأفراد إزاء المرافق العامة والمشروعات العامة**، القاهرة: معهد الدراسات والبحوث العربية.
- مهنا، محمد فؤاد،(١٩٧٨)،**مبادئ وأحكام القانون الإداري**.
- نابلسي، نصري منصور، (٢٠١٠)، **منشورات زين الحقوقية**، الطبعة الأولى.
- ناصيف، الياس ناصيف، الياس،(٢٠٠٦)،**عقد B.O.T**،**سلسلة ابحاث قانونية مقارنة**، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب.
- نصار، جابر جاد،(١٩٩٧)،**التحكيم في العقود الإدارية**، الطبعة الأولى، القاهرة: **دار النهضة العربية**.

- نصار، جمال الدين،(٢٠٠٠)، **تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام B.O.T**، القاهرة، دار النهضة العربية.
- نصار،جابر جاد، (٢٠٠٢)،**عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الإلتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الإلتزام**، القاهرة: دار النهضة العربية.
- نصار،جابر جاد،(٢٠١٤)، **العقود الإدارية**،الطبعة الثانية، القاهرة: دار النهضة العربية.

الأبحاث العلمية :

إبراهيم، احمد إبراهيم ، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ،**المجلة المصرية للقانون الدولي** عدد (٣٧)، ١٩٨١م.

- جبريل،جمال عثمان، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية ،مشروعات B.O.T(B.OTوأخواتها) الجوانب القانونية والاقتصادية، **أكاديمية السادات للعلوم الإدارية**، مركز البحوث، سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، (٤)، ٢٠٠٤م.
- الحتاملة، سليم سلامة، الطبيعة القانونية للتحكيم وتطبيقاتة في مجال العقود الإدارية: دراسة في القانون الأردني، **مجلة القانون والعلوم السياسية**، جامعة مؤتة،المجلد (٤) العدد(٢) الرقم المتسلسل(١٣)، ٢٠١٢م.
- حزبون، جورج، معوقات التحكيم ودور الرقابة القضائية التالية على إنهاء إجراءاته، **مجلة دراسات**، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤م .
- زكي، إبراهيم، نظرة عامة في عقود B.O.T، البناء والتشغيل ونقل الملكية، مشروعات B.O.T(B.OTواخواتها) الجوانب القانونية والاقتصادية، **أكاديمية السادات للعلوم الإدارية**، مركز البحوث، سلسلة إصدارات البحوث الإدارية،عدد(٤)، ٢٠٠٤م.
- السعيد، منصور،عقود البناء التشغيل ونقل الملكية طبقا لنظام ال B.O.T ومدى تسوية المنازعات الناشئة عنها، بحث منشور في الجزء الثاني من الإصدار الخاص **بمؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية الأبعاد القانونية**، مطبوعات جامعة الكويت كلية الحقوق، ٢٠٠٥م.

- شطناوي، فيصل، النظام القانوني لعقد الــB.O.T وتسوية المنازعات الناشئة عنه في ظل التشريع الأردني، **مجلة دراسات**، علوم الشريعة والقانون،المجلد (٤١)، العدد(١)، ٢٠١٤م.
- العبادي، وليد، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود **الإدارية ،مجلة دراسات** ،علوم الشريعة والقانون ،المجلد (٣٤)، العدد (٢).
- فهمي، محمود محمد، عقود B.O.T وتكيفها القانون،مشروعات B.O.T(B.OT وأخواتها) الجوانب القانونية والاقتصادية، **أكاديمية السادات للعلوم الإدارية**، مركز البحوث،سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، (٤)،٢٠٠٤م.
- محمد عثمان، محمد فتوح، التحكيم الإجباري لمنازعات الحكومة والقطاع العام، **مجلة العلوم الإدارية**، العدد(١) الأول ،١٩٨٧م.
- منير، محمد كمال ،مدى جواز الاتفاق على التحكيم الاختياري في العقود الإدارية ،تعليق على حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣٠٤٩) لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٩٠\١٢\١٢ ،**مجلة العلوم الإدارية**، السنة الثالثة والثلاثون ،العدد (١) ، ١٩٩١ م.

الرسائل العلمية:

- الحمود، وضاح محمود رشيد،(٢٠٠٨)، **حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستغلال والتسليم**، أطروحة دكتوراة(غير منشورة)، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الاردن.
- الرشيدات، ممدوح محمد، (٢٠٠٤)، **الأوامر التغيرية في عقد المقاولة، دراسة مقارنة في كل من القانونين الأردني والمصري وشروط عقد المقاولة فيديك**، أطروحة دكتوراة(غير منشورة)، جامعة الدول العربية للتربية والثقافة والعلوم، القاهرة، مصر.
- الظفيري، مدلول حشاش،(٢٠٠٦)، **الأسس القانونية لعقود البوتB.O.T في ظل كل من القانون الأردني والقانون الكويتي**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير (غير منشورة)، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
- النجار، زكي محمد، **نظرية البطلان في العقود الإدارية**، أطروحة دكتوراة (غير منشورة)،جامعة عين شمس، القاهرة: مصر.

- يوسف، وليد محمد عباس، (٢٠٠٨)،**التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية**، أطروحة دكتورة (غير منشورة)، جامعة عين شمس، القاهرة: مصر.

المراجع الأجنبية

- Jean Robert , Larbitage (1993),**droit interne Droit international prive,**Dollaz,paris 6 edition,**.**
- C.E, 13 decembre(1958), **ste Nationale de Vente des Surplus**,Rec.,677, D.
- Aix-en provence(1959). **O.N.I.C –capitaine S.S San Carlo**,Revue trimesirielle de droit commericial.
- JEAN-VINCENT(1976) ,**procedure civile**.Dix-hutieme edition**..**
- M. de Boisseson, (1986) **interrogations et doutesnsur une evolution legislative: larticle** 9 de 4 la loi du 19 aout.
- Laurent Richer ,**Droit des contrants administratifs**", Paris,L. G.D.J,19 **.**

الدساتير والأنظمة والقوانين

- الدستور الأردني المنشور في الصفحة (٣) من عدد الجريدة الرسمية رقم (١٠٩٣) بتاريخ ١٩٥٢/١/٨
- الدستور المصري تاريخ ٢٠١٤/١/١٨
- قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ والمعدل بموجب القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠١.
- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩
- قانون التحكيم الأردني رقم (١٨) لسنة ١٩٥٢.
- قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١.

- قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم (٩) لسنة ١٩٩٧
- قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤المنشور في الجريدة الرسمية العدد ١٦ بتاريخ ١٩٩٤\٤\٢١.
- قانون التخاصية رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠ المنشور على الصفحة ٢٦٥٢ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٤٣ بتاريخ ٢٠٠٠\٧\٢..
- قانون القضاء الإداري رقم ٢٧ لسنة ٢٠١٤
- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، المنشور على الصفحة رقم (٢) من عدد الجريدة الرسمية رقم(٢٦٤٥) بتاريخ ١٩٧٦/٨/١
- القانون المدني الفرنسي
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
- قانون تشكيل المحاكم النظامية في الأردن وتعديلاته رقم(١٧)٧السنه ٢٠٠١، المنشور على الصفحة ١٣٠٨ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٨٠ بتاريخ ٢٠٠١/٣/١٨.
- قانون رقم (٩) لسنة ١٩٥٤ الذي ألغى الامتياز الأردني الممنوح لشركة الكهرباء الفلسطينية المحدودة الضمان في ١٩٦٢/٣/٥،كما ألغى قانون امتياز الكهرباء الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٢٧ والذيل الملحق به وقانون امتياز الكهرباء الأردني لسنة ١٩٢٨ والجدول المرفق به.
- قانون مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢.

THE LEGAL SETTLEMENT OF DISPUTES CONCERNING THE B.O.T CONTRACTS –A CPMPARATIVE STUDY OF FRANCE , EGYPT AND JORDAN

By

Omar Qasim Al –drou'a

Supervisor

Dr. Walid Al-Qadi

ABSTRACT

B.O.T contracts are contracts of major importance, and which become current in many countries because such contracts have reduced the burdens shouldered by the government of such countries. This is due to the fact that these contracts are based on the principle of the participatory between the public and the private sector and the achievement of general benefits and achievement the financial for the countries that apply and adopt such contracts. Accordingly, the researcher has addressed this contract and verified its administrative nature, as well as he clarified the other points of view regarding the nature of this type of contracts, where some have considered it similar to special law contracts, while others have deemed It as of special nature, and in this regard, the researcher has shown the argumentations of such points of view. Then, the researcher has clarified the mechanism of the settlement of disputes arising from this contract through studying the juridical settlement of such disputes via the comparison between the Jordanian law and other laws, namely, the French and the Egyptian laws, and determined the authority competent to consider such disputes and the applicable law , as well as the mechanism of settlement of such disputes in the Jordanian law through the determination of the authority competent and authorized to consider such disputes arising from this contract. The researcher has also addressed the non-juridical means for the settlement of the disputes arising from this type of contracts as the researcher has concentrated on arbitration as a non-juridical procedure for settlement in the Jordanian law , and the comparative laws clarifying the extent to which resorting to arbitration is permitted with regard to administrative contracts , particularly B.O.T contract, and the stages through which such contract has passed regarding the possibility of resorting to arbitration in order to settle disputes. Finally, the researcher has shed light on the mechanism of arbitration in disputed arising from such contract according to Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention"), in order to identify the legal bases in the laws of the comparative countries (Jordanian, French and Egyptian laws) regarding the mechanism of the settlement of disputes arising from this type of contracts whether such mechanisms were juridical or non-juridical.